This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HL 3PST E

998

Digitized by Google

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

Italy
1908

Digitized by Google

Digitized by Google

TRATTATO

SUL

RISARCIMENTO DEL DANNO

IN MATERIA DI DELITTI E QUASI DELITTI

Digitized by Google

ALTRE OPERE DELLO STESSO AUTORE

edite dall'UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE

Trattato della Prova per testimoni. Un volume in-8° . . . . . L. 9

Trattato della Espropriazione contro il debitore. Seconda edizione. — L'Opera è compresa in quattro grossi volumi a L. 10 caduno . . . . . » 40

Trattato teorico-pratico del Possesso e delle Azioni possessorie. Seconda edizione. Un volume in-8° . . . . . » 15

Lavoro e Capitale. Socialismo e Democrazia. Un volume in-8° . . . . . » 10

Trattato della Perenzione d'istanza nei giudizi di cognizione. Un volume in-8° » 4

Digitized by Google

TRATTATO

SUL

RISARCIMENTO DEL DANNO

IN MATERIA DI DELITTI E QUASI DELITTI

DELL'AVVOCATO

GIOVANNI CESAREO CONSOLO

Professore Ordinario di Procedura Civile
nell'Università di Messina.

UNIONE
TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE
TORINO, Corso Raffaello, 28
MILANO — ROMA — NAPOLI
1908

Digitized by Google

Fort
C

Diritti di traduzione e riproduzione riservati.

Digitized by Google

DEL RISARCIMENTO DEL DANNO

CAPITOLO I.

DEGLI ATTI GIURIDICAMENTE ILLECITI.

1. *Quando il fare o il non fare è causa di responsabilità civile.*
2. *Del danno* injuria datum.
3. *Il delitto civile ed il quasi delitto.*
4. *Dell'omissione di fare ciò che si aveva obbligo di fare.*
5. *L'atto giuridicamente illecito produce la* lesione *del diritto altrui. Delle vie di fatto senza violenza.*
6. *Continua. Vie di fatto per esercitare il possesso.*
7. *Continua.*
8. *Nessun diritto può esercitarsi con* abuso.
9. *Del danno commesso per tutelare la propria incolumità o per la conservazione delle cose nostre.*
10. *Continua.*
11. *Degli atti emulativi. Esposizione e critica della dottrina che nega il risarcimento del danno cagionato da tali atti.*
12. *Continua.*
13. *Continua.*
14. *Continua.*
15. *Continua.*
16. *Continua.*
17. *Continua.*
18. *Continua.*
19. *Continua.*
20. *Continua.*
21. *Continua.*
22. *Continua.*

1. Sino a quando il fare o il non fare è giuridicamente lecito? Quando diventa sorgente di civile responsabilità? Senza dubbio, quando offende il diritto altrui; nel quale caso si verifica violazione di norma giuridica e sorge la conseguente necessità della reintegrazione dello stato giuridico e del risarcimento del danno. Quando noi facciamo quel che non abbiamo diritto di fare, commettiamo danno

Digitized 713379

risarcibile coi mezzi legali. *Nemo damnum facit nisi qui id fecit quod facere jus non habet* (1). Allora si agisce *nullo jure* (2), e quindi *quod jure non factum est, hoc est contra jus* (3).

Ma, esercitando la nostra attività nel mondo esterno, possiamo recare pregiudizio ai diritti degli altri, pur rimanendo nella sfera di azione che la legge ci riconosce per lo svolgimento del nostro diritto. In tal caso il danno non è risarcibile, perchè il nostro modo di procedere essendo legittimo, può menomare un interesse altrui, non mai violare un diritto. Così, anche edificando a distanza prescritta dalla legge, il vicino può risentire danno, non godendo più di quell'aria, di quella luce, di quella veduta che prima gli permettevano i suoi prospetti: ma nella specie non havvi violazione di diritto, perchè ciò non è logicamente possibile quando si ottempera ai precetti della legge. In questo caso, *nemo damnum facit qui jure suo utitur.*

Adunque il danno risarcibile è quello che col Rosmini potremmo chiamare *danno lesivo* e che « consiste in una diminuzione di quel bene che è contenuto nel diritto di una persona, fatta contro sua volontà » (4). La nostra attività quindi non trova limite se non in quell'attività degli altri che è conseguenza dell'esercizio dei loro diritti. D'onde il principio kantiano, cotanto razionale, della coesistenza dei diritti; d'onde il sistema organico del diritto e dello Stato (Krause), e che solo può darci quell'armonico svolgimento di tutti i diritti.

Nessuno deve oltrepassare il limite necessario all'esercizio dei proprii diritti; se l'oltrepassa, invade la sfera del diritto altrui, commette *danno lesivo* e quindi risarcibile; commette danno *injuria datum,* cioè *contra jus;* e gli articoli 1151 e 1152 Cod. civ. (fr. 1382 e 1383) comprendono, nella loro generalità, ogni specie di danno che non sia la conseguenza diretta delle violazioni di contratto, ma che

(1) Fr. 151, Dig., *De reg. jur.*
(2) *Inst.*, IV, 3, 2.
(3) Fr. 5, § 1, Dig., 9, 2.
(4) *Filosof. del Diritto,* vol. I, § 1913.

Digitized by Google

possa verificarsi nella sfera extracontrattuale, e che non essendo la conseguenza del legittimo esercizio di un diritto (1), possa essere commesso con colpa o con dolo. L'articolo 1151, come il 1382 del Codice francese, parla di *colpa:* ma è chiaro che la espressione debb'essere intesa nel senso più ampio che sia possibile, comprendendovi tutte le cause d'imputabilità, a cominciare dal dolo penale o civile sino alla più leggera imprudenza, cioè i delitti civili e penali (2) ed i quasi delitti; e l'articolo 1152 giova a delineare la natura del quasi delitto (3).

2. Per quanto semplice il principio del risarcimento del danno, è occorso il lavorìo dei secoli perchè fosse stato tradotto in un testo positivo di legge, che, nella sua generalità, avesse compreso tutti i casi possibili di danno *injuria datum.* La legge delle XII Tavole ed altre leggi provvedevano a diversi casi di danno; ma la legge Aquilia derogò a tutte le precedenti disposizioni, e nei suoi tre capi comprese parecchie ipotesi di danno. *Lex Aquilia omnibus legibus quae antea re de damno injuria locutae sunt, derogavit; sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit; quas nunc referre non est necesse* (4). E fu un gran passo che il popolo romano fece sul sentiero del diritto mercè il famoso plebiscito; imperocchè abbia offerto campo alla giurisprudenza di svolgere il principio della responsabilità civile attraverso le molteplici e quotidiane applicazioni del medesimo.

Il concetto di un danno *injuria datum* presuppone il fatto positivo di chi, agendo, viola il diritto altrui; ma sarebbe stato illogico il non estendere il risarcimento ai fatti col-

---

(1) Cassaz. Napoli, 2 dicembre 1882 (*Gazz. Proc.*, 1883, 102).

(2) Cassaz. Napoli, 21 aprile 1883 (*Gazz. Proc.*, 1883, 198); Venezia, 27 dicembre 1881 (*Ann.*, 1882, 428); Casale, 15 settembre 1881 (*Giur. Cas.*, 1882, 8).

(3) LAURENT, XX, n. 384. Laonde l'articolo 1151 è sempre applicabile quando la colpa dell'imputato non arrivi al grado da costituire reato. Venezia, 31 luglio 1883 (*Ann.*, 1883, 522). E nell'applicazione di esso articolo è da escludersi il concorso della frode che presuppone intendimento di nuocere. Cass. Torino, 1° dicembre 1883 (*Ann.*, 1884, 175).

(4) Fr. 1 pr., Dig., 9, 2.

Digitized by Google

posi, alle omissioni — e l'applicazione fu fatta in maniera talmente sicura da assorgere a principio inconcusso.

In hac actione, quae ex hoc capitulo oritur, dice Paolo, *dolus et culpa punitur* (1); e reca esempii di colpa, che danno luogo a risarcimento, *nam et qui occasionem praestet, damnum fecisse videtur*. E in ordine al danno aquiliano, si risponde di colpa anche lievissima: *in lege Aquilia et laevissima culpa venit*, insegna Ulpiano (2).

Se non che, mentre nel campo scientifico ben distinguevasi il fatto colposo da quello doloso, ed all'uno ed all'altro applicavansi le disposizioni della legge Aquilia, nella posteriore legge positiva il concetto del delitto e del quasi delitto non risultò poi egualmente chiaro come nel diritto odierno. Anche il fatto colposo poteva costituire delitto, se tale fosse stato dalla legge qualificato con apposita azione; altrimenti non concedevasi che l'azione *in factum*, ritenendo l'obbligo dell'indennizzo derivare quasi *ex maleficio*. E derivano da ciò delle anomalie, come nel caso del giudice il quale *litem suam fecerit* (3), e che risponde quasi *ex maleficio*. Nell'odierno diritto essendo sparite quelle distinzioni, abbiamo nettamente distinti i fatti che costituiscono delitto da quelli che, seguendo la terminologia tradizionale, appellansi tuttavia quasi delitti; in altri termini, i fatti dolosi e colposi che implicano responsabilità civile e risarcimento di danno.

3. Pothier definisce il delitto: « un fatto col quale una persona, con dolo o malignità, cagiona danno o torto ad un'altra persona »; il quasi delitto è « il fatto col quale una persona, senza malignità, ma con una imprudenza che non sia scusabile, cagiona danno o torto ad un'altra persona » (4). Gli scrittori odierni hanno sempre più precisato i concetti del delitto e del quasi delitto. Nel diritto civile, dice Zachariae, la parola *delitto* indica ogni azione illecita colla quale una

(1) Fr. 30, § 3, Dig., 9, 2.
(2) Fr. 44 pr., Dig., 9, 2.
(3) *Inst.*, IV, 5, pr.
(4) *Obblig.*, n. 116.

Digitized by Google

persona lede scientemente o con maligna intenzione i diritti altrui (1). E Sourdat: ogni fatto dannoso, quantunque non previsto da una legge penale e commesso coll'intenzione di nuocere (2). Di conseguenza il concetto organico del delitto implica: *a*) un fatto illecito; *b*) imputabile all'autore del medesimo; *c*) coll'intendimento di nuocere (3).

Ferrini distingue due categorie di diritti per arrivare alla nozione del delitto civile. Vi sono diritti che a noi competono pel semplice fatto di essere cittadini, membri del civile consorzio, e diritti che a noi spettano per ragioni particolari, per il fatto che ci troviamo in qualche speciale rapporto giuridico verso altre persone. Il *delitto* consiste nella lesione dei diritti della prima categoria, che possono chiamarsi primarii, comuni, elementari, fondamentali; si commette delitto quindi ledendo la nostra integrità personale, il nostro onore, distruggendo la cosa nostra, recando dolosamente una perdita al nostro patrimonio. Lo stesso non può dirsi dei diritti della seconda categoria, e che derivano da un rapporto giuridico con altre persone, e per cui può derivare una lesione di diritto, che non costituisce però delitto civile; tali sarebbero gl'inadempimenti alle assunte obbligazioni (4). Quindi « il delitto civile consiste nella lesione di un diritto primario, e così è detto tutto; perchè essendo ogni diritto subbiettivo informato da una norma , e non essendo possibile una lesione di diritto senza violazione di norma, in quella definizione rimane assunto anco l'elemento soggettivo, a cui non siamo disposti a rinunciare » (5). E venendo a discorrere del diritto moderno italiano, osserva che il nostro codice civile, a differenza del diritto romano, *riconosce una figura generale di delitto civile.* Ma, come viene determinata questa figura? Dai tre requisiti: la *injuria,* la colpa, il danno (6). Or bene, la nozione, così com'è data, non può accettarsi,

(1) Op. cit., § 443.
(2) *Trattato generale della responsabilità civile,* n. 412.
(3) Cassaz. Roma 28 maggio 1888 (*Legge*, 1889, 1, 148).
(4) *Delitti e quasi delitti,* in *Dig. it.*, n. 12.
(5) Loc. cit.
(6) Monogr. cit., n. 91.

Digitized by Google

perchè a questo modo nessun carattere differenziale vi sarebbe tra il delitto civile ed il quasi delitto, tra il torto recato con animo di nuocere e quello per sola negligenza o imprudenza.

Sparisce nella nozione del Ferrini qualsiasi carattere distintivo, che è stato in maniera quasi unanime seguìto dall'odierna dottrina sulla responsabilità civile, compresa quella del Ferrini istesso, il quale, per la distinzione tra il delitto civile ed il quasi delitto si riferisce a Pothier, come a fonte immediata del codice, e dalla quale non è a presumere che i compilatori siansi staccati. « Da ciò si vede, egli dice, come nella opinione del tempo in cui furono scritti i nostri articoli, nell'opinione dello scrittore, che in questa materia ha servito di modello e di fonte diretta ai compilatori, il criterio della distinzione risiedeva nell'elemento soggettivo, *delitto* era il fatto o l'omissione dolosa, *quasi delitto* il fatto o l'omissione colposa. E tale è l'opinione della miglior parte degli scrittori » (1).

4. L'intenzione di nuocere si può rivelare nel fare e nel non fare; ci può essere l'omissione dolosa, e quindi parci che la definizione del Toullier sia comprensiva: « i delitti, presa questa parola nel più ampio significato, sono tutte le azioni e tutte le omissioni pregiudizievoli alla società o ai privati e commesse con malignità, ossia espressamente per nuocere » (2). Proudhon (3) e Zachariae (4) hanno chiarito il concetto del Toullier. Si risponde della omissione, dice Zachariae, quando una disposizione di legge imponeva l'obbligo di adempiere il fatto omesso. Un caso contemplato da Ulpiano come cadente sotto la sanzione della legge Aquilia può essere colposo ed anche doloso; *quotiens sciente domino servus vulnerat vel occidit, Aquilia dominum teneri dubium non est* (5). E la scienza, così Paolo, equivale a lasciare che altri faccia;

(1) Monogr. cit., n. 26.
(2) Dir. civ., *Delitti e quasi delitti*, n. 113.
(3) *Usufr.*, III, n. 1489.
(4) *Corso di Dir. civ. franc.*, § 444.
(5) Fr. 44 pr., Dig., 9, 2.

Digitized by Google

scientiam hic pro patientia accipimus, ut qui prohibere potuit, teneatur si non fecerit (1). L'omissione di ciò che si era obbligato di fare può costituire un delitto o un quasi delitto, secondo che abbia avuto luogo con animo di nuocere o per semplice negligenza od imprudenza.

Coloro che potevano impedire un danno, così Domat, ed erano tenuti a prevenirlo per un dovere qualsiasi, se avranno a ciò mancato, potranno essere responsabili secondo le circostanze. Se un padrone conosce e tollera il danno che faccia il suo domestico e che egli poteva impedire, è tenuto a risarcirlo (2). Per quel reciproco dovere giuridico di assistenza che ha luogo tra genitori e figliuoli, costoro sono responsabili del danno che il genitore reca agli altri essendo alienato di mente; se, p. es., coabitando col padre, lasciano che questi imbrandisca un'arma ed uccida una persona (3). Nella stessa responsabilità incorre il coniuge perchè ha l'obbligo giuridico dell'assistenza verso l'altro coniuge: trasandando tale obbligo, p. es., la moglie è responsabile se il marito, in un accesso furioso, rechi danno a qualcuno (4), tranne che si provi di aver fatto quanto il coniuge era nella possibilità di fare per evitare il danno (5). In questi e simili casi l'obbligo preciso di evitare il danno implica la responsabilità di chi era obbligato ad agire per prevenirlo. Mancando tale obbligo, nessuna responsabilità può sorgere per non avere potuto impedire il danno (6).

L'omissione di un dovere giuridico implica colpa, adunque, e noi siamo responsabili quando omettiamo di fare quel che dobbiamo fare. Ma questo principio, per quanto semplice, dà luogo nell'attuazione a gravissime difficoltà. Il diritto di proprietà, si dice, non trova limite che nella legge o nei regolamenti (art. 436 Cod. civ.); di conseguenza quando nessuna legge o nessun regolamento può invocarsi da chi speri-

---

(1) Fr. 45 pr., Dig., 9, 2.

(2) *Le leggi civili secondo l'ordine naturale*, libro II, titolo VIII, sez. IV, n. 8.

(3) Cassaz. Palermo 12 giugno 1900 (*Circ. Giur.*, 1900, 153).

(4) Cassaz. Palermo sopra cit.

(5) Trani 8 maggio 1901 (*Riv. Trani*, 1901, 703).

(6) Cassaz. Torino 2 luglio 1883 (*Ann.*. 1883, 448).

Digitized by Google

menti azione di danno contro il vicino pel cattivo uso della sua proprietà, l'azione predetta è inammissibile. Un tale lascia in abbandono la propria casa, ed in condizione che agevolmente vi si annidano dei ladri, e per mezzo di un foro nel muro penetrano nella casa contigua e commettono furto. Il derubato rivolge la sua azione di risarcimento contro il proprietario della casa abbandonata, ma prima il Tribunale di Messina e poi quella Corte d'appello (1) negano ogni diritto a risarcimento. Nessuna disposizione di legge, dice la Corte, impone al proprietario di una casa di *tenerla in guisa da renderla inaccessibile;* nessuna legge vieta che il proprietario di una casa, il quale non abbia interesse a mantenerla abitabile, la lasci in istato di abbandono, e nessun regolamento generale o locale prescrive che debbano tenersi chiuse le entrate e le aperture delle case lasciate in abbandono, salvo quanto possa interessare l'igiene e l'incolumità pubblica. E volendo ricorrere alle regole dell'art. 3 disp. prel., mancano i casi simili e le materie analoghe; sicchè si è costretti a ritenere che le limitazioni all'esercizio del diritto di proprietà non possono derivare che dalla legge o dai regolamenti.

L'appellante invocava la teoria della *normalità dell'uso delle cose proprie;* ma la Corte osserva che prescindendo dall'esame se la teoria anzidetta possa applicarsi anche al non uso « enunciata in termini vaghi, può prestare argomento di elegante discusssione nel campo del diritto costituendo, difficilmente potrebbe essere accolta senza limitazione in quello del diritto costituito a cui soltanto deve attenersi il magistrato. La legge dichiara anormale l'uso della cosa propria solamente in quanto sia vietato dalle leggi e dai regolamenti; difficile quindi ritrovare anormalità d'altra specie oltre quelle previste dalla legge ».

Dopo quanto altrove diciamo sui limiti del diritto di proprietà, specialmente a proposito del divieto degli atti emulativi, non sentiamo il bisogno d'immorare molto sulla teoria empirica seguita dalla Corte di Messina, la quale per non

(1) Decis. 28 febbr. 1907 (*T. Sic.*, V, 2. 8).

Digitized by Google

abbia per nulla sentito l'influsso delle teoriche odierne sul razionale esercizio del diritto di proprietà. In questo trattato abbondano gli esempi giurisprudenziali in cui fu ritenuto risarcibile il danno prodotto dalle cose nostre all'altrui proprietà, malgrado nè legge, nè regolamento possa essere stato invocato; ed il risarcimento fu riconosciuto in base agli articoli 1151 e 1152 del Codice civile ed ai principii generali di diritto. E noi riteniamo che il godimento *normale della cosa propria* sia uno di quei principii che in nessun'altra epoca quanto in quella nostra vuolsi tenere in grande considerazione. Tutt'altro che essere oggetto di elegante discussione *de jure condendo,* è oggetto di seria e razionale applicazione nel diritto vigente.

Nella specie decisa dalla Corte di Messina l'uso anormale della proprietà era evidente, e l'egregio annotatore della decisione (1) insiste a farlo ritenere. Ma non crediamo che basti allegare i *riguardi di buon vicinato* (2) per dedurne la limitazione del diritto di proprietà; sarebbe una base assai debole che verrebbe data alla limitazione. Il principio è quello che ciascuno può fare un uso anormale della sua proprietà, purchè da tale uso non ridondi danno agli altri; e quindi il proprietario di una casa, che la lasci senza porte, in maniera che possano entrarvi i ladri e penetrare nelle case contigue, è responsabile del danno cagionato alle persone derubate.

5. Il delitto civile (nel senso lato) presuppone adunque, in primo luogo, un atto che sia giuridicamente illecito, cioè, che mentre non sia la conseguenza del legittimo esercizio di un diritto, leda il diritto altrui.

Diciamo che l'atto debba essere *giuridicamente* illecito, perchè non basta che sia moralmente tale, per la ragione che la violazione di precetti morali è punita nei limiti designati dalla legge positiva. Senza dubbio, il legislatore non poteva non tener conto dei dettami della morale e nega la

(1) L'avv. G. Carbone, il quale ha scritto una annotazione breve, ma pregevole.

(2) GABBA, *Quist. di dir. civ.*, I, pag. 175 e segg., s. r.

Digitized by Google

esecuzione alle convenzioni contrarie al buon costume; ma qui siamo nel campo extracontrattuale e non possiamo tener conto se non delle lesioni di diritto.

I nostri diritti possono avere carattere patrimoniale, economico, ovvero confondersi colla persona stessa, quali sono quelli che, col linguaggio della scuola appellansi eminentemente personali, come il diritto alla propria incolumità, all'onore, alla reputazione. Qualunque lesione recata ad uno di questi diritti costituisce *injuria*.

Causa di risarcimento essendo il solo fatto illecito, segue che ogni atto, il quale non abbia tale qualifica, non implica responsabilità nè penale, nè civile. Chi agisce per legittima difesa e *cum moderamine inculpatae tutelae* non è passibile di alcuna responsabilità; e così quando taluno agisca per la difesa altrui. Ma chi usa delle *vie di fatto*, senza violenza, per la reintegrazione del proprio diritto, assume per ciò stesso obbligo di risarcimento?

La ragione mi dice, così Toullier (1), che le semplici vie di fatto, ossia gli atti che io fo esercitando pacificamente i miei diritti, non debbano essere puniti, nè vietati, per la ragione che è sempre permesso di fare uso dei proprii diritti. Per esempio, io coltivo pacificamente il mio campo; un terzo se ne impadronisce e mi impedisce l'accesso con chiusure od altre opere e fa dei passaggi per suo comodo; ecco una via di fatto riprensibilissima. Dopo qualche mese, senza prevenire, nè chiamare quella tale persona, in sua assenza e non ricorrendo al giudice, io distruggo le chiusure che si opponevano al mio ingresso; distruggo tutte le opere fatte, chiudo i passaggi da quel tale praticati. Ecco un'altra via di fatto; sarà biasimevole quella da me usata? Io mi servo del mio diritto; non ledo i diritti di quel tale perchè egli non ne aveva alcuno.

Quest'altro esempio toglie il Toullier da Henrion de Pansey. La mia casa viene usurpata da un malfattore, il quale vi si stabilisce servendosi dei miei mobili, senza che niuno vi si opponga. Al mio ritorno, dopo quindici giorni, un mese od anche più, io rientro nella mia casa, di mia

(1) Op. cit., n. 237.

Digitized by Google

propria autorità, ma senza violenza di sorta, trovandosi assente l'usurpatore. Ciò che ho praticato è pure una via di fatto, nel senso ampio della parola, poichè io non ho fatto ricorso al giudice; nondimeno questa via di fatto, dice Toullier (1), è legittima, perchè io esercito un mio diritto e non commetto attentato contro i diritti di alcuno. Se l'usurpatore osasse di reclamarne al giudice, io mi gioverei di tale occasione per farlo condannare al risarcimento dei danni interessi.

6. Il ragionamento di Toullier è fondato sull'argomento desunto dal difetto di rimedio possessorio contro le usurpazioni di possesso che non siano durate per oltre un anno. Lo dice espressamente: « Le vie di fatto vietate sono tutte quelle che vengono esercitate contro le persone o che ledano i diritti del proprietario o di chi possegga da un anno almeno una casa sulla quale vengono esercitate. Le vie di fatto permesse sono quelle che commette il proprietario di una casa o chi la possegga da un anno almeno, esercitando di propria autorità privata e senza ricorrere al giudice, il suo diritto di proprietà e di possesso. Esse non sono che le conseguenze necessarie della legge della proprietà e di quella che non conferisce il diritto di possesso se non a chi possegga pacificamente almeno da un anno » (2).

Gli scrittori posteriori seguirono tale dottrina argomentando dall'articolo 23 proc. civile, che richiede il possesso annale per l'esercizio delle *azioni possessorie* e quindi della *reintegranda* (3). Essa giunge a conseguenze estreme: valga il seguente esempio che adduce il Laurent:

Io posseggo da molti anni una casa: un terzo ne prende possesso e vi porta dei mobili proprii. Alcune settimane dopo io ritorno e profittando dell'assenza momentanea dell'usurpatore rientro nella mia dimora, tolgo via tutti i mobili, utensili, strumenti che quello vi aveva collocati,

(1) Loc. cit.

(2) Op. cit., n. 139.

(3) TROPLONG, *Prescriz.*, n. 295 e segg.; CURASSON, II, n. 541 e segg.; GARSONNET, I, p. 592; SOURDAT, n. 423 e segg.

Digitized by Google

metto fuori gli animali che trovavansi ivi rinchiusi. Sarò passibile di condanna? No, perchè non ho fatto che giovarmi del mio diritto di proprietà. Non si può domandare reintegrazione contro di me, nè risarcimento pel deterioramento dei mobili e per la perdita degli animali che fossero fuggiti o si fossero smarriti. Non solo non ho attentato ai diritti dell'usurpatore, ma posso agire contro di lui per risarcire il danno che mi abbia recato (1).

7. Questa soluzione non è per nulla ammessibile nel nostro diritto, perchè l'azione di reintegra è stata ben determinata dall'articolo 695 del Codice civile. Basta un possesso qualunque esso sia perchè si possa nel medesimo essere reintegrato se tolto violentemente o clandestinamente; e quando la legge dà il mezzo per recuperare il possesso che coi detti modi ci venga usurpato, non è lecito farci giustizia da noi stessi. Le vie di fatto allora soltanto non implicano responsabilità quando non abbiano luogo *vi aut clam*, perchè il fatto di recuperare senza violenza, nè clandestinità il possesso del quale eravamo stati privati, è lecito; e ciò che è lecito non può dar luogo a responsabilità, nè penale, nè civile. E parimenti, lo spoglio violento che avvenga nel momento in cui altri ci spoglia del possesso, non è illecito perchè il fatto rientra nella regola del *vim vi repellere*.

Adunque la dottrina accolta dagli scrittori francesi sulla liceità delle vie di fatto è da repudiare nel nostro diritto. In tutti gli esempi che soglionsi addurre havvi per noi responsabilità civile ed in taluni casi può esservi anche quella penale.

E, conseguentemente all'anzidetto, va respinto ancora quel che insegna il Toullier (2), seguendo Henrion de Pansey, cioè, che se ritornando dopo parecchi giorni e cercando rientrare nella mia casa, impegno rissa con l'usurpatore, lo percuoto, lo ferisco e lo caccio fuori, sarò responsabile in linea penale nel solo caso che io fossi stato il provocatore,

(1) Loc. cit.
(2) Op. cit., n. 137.

Digitized by Google

ma l'usurpatore non potrà essere reintegrato nel possesso della casa. Per noi vi sarebbe responsabilità penale e civile derivanti dal fatto illecito.

8. Nè il fatto illecito commesso a nostro danno ci autorizza a difenderci con mezzi che rechino danno ai terzi. Il proprietario di un fondo superiore opera in modo che illegittimamente faccia scaricare le acque in un cavo ed allagare quindi il fondo inferiore. Il proprietario di questo fondo non può rompere il proprio cavo e fare venir meno l'acqua nel fondo di un terzo. Ciò facendo compie un fatto illecito ed è direttamente responsabile del danno (1).

Esercitando il proprio diritto si può offendere il diritto altrui, ed allora si ha l'abuso del diritto. A rigore, come ben si è osservato, l'abuso implica cessazione del diritto. Dal momento che si offende il diritto altrui non si esercita più il proprio diritto, ma si commette un'azione illecita, antigiuridica; e quindi verificasi danno *injuria datum*, risarcibile a senso del principio generale che informa l'articolo 1151 del Codice civile. Abusare di un diritto, dice Laurent, non è usarne; i diritti sono facoltà necessarie per la vita fisica, intellettuale e morale, non per soddisfare malvagie passioni; l'*abuso del diritto non è più un diritto* (2). Nessuna responsabilità si assume quando si faccia quel che si abbia diritto di fare, purchè non si eccedano i giusti limiti del proprio diritto e purchè non si vegga chiaramente che tra più modi di esercitare il proprio diritto, siasi scelto, espressamente per nuocere ad un altro, quello che potrebbe essergli pregiudizievole (3).

Ma quest'ultimo principio, nella maniera colla quale è formulato, malgrado accolto dal Proudhon (4) e dal Sourdat (5), e dall'abolito Codice prussiano (art. 36), non crediamo possa accettarsi. Fra i modi di esercizio dei diritti nessuno può

(1) Cassaz. Torino 4 aprile 1883 (*La Giurispr.*, 1883, 551).
(2) Op. cit., XX, n. 411.
(3) Toullier, op. cit., n. 119.
(4) Op. cit., n. 1484.
(5) Op. cit., n. 139.

Digitized by Google

essere pregiudizievole ai diritti degli altri, e quindi non può esservi scelta tra un modo che sia pregiudizievole ed un altro che non lo sia. Ogni diritto debb'essere esercitato nei suoi giusti limiti, al di là dei quali non è più il diritto che si esercita, ma un'azione giuridicamente illecita.

9. Però, talvolta, per la tutela della incolumità nostra o per conservare le cose proprie, siamo costretti di recar danno agli altri. È risarcibile tale danno?

Qualche testo delle leggi romane può invocarsi per l'affermativa. Se per difendermi lancio una pietra ed invece dell'aggressore colpisco un'altra persona, sono responsabile per la legge Aquilia: *illum enim solum qui vim infert ferire conceditur* (1). Qualche altro testo ritiene la irresponsabilità nel caso in cui si è costretti di togliere le gomene della nave altrui nelle cui ancore s'impigliarono le gomene della nostra nave a causa dell'impeto del vento (2); e diversi furono i pareri dei giureconsulti sulle conseguenze del danno prodotto per evitare incendii (3).

Dei patrii scrittori, il Giorgi afferma che, a rigore di principio, dove è la necessità assoluta di provvedere alla propria difesa, non havvi concorso di colpa, purchè lo stato di necessità non fosse stato predisposto per imprudenza; ed essendo esclusa la colpa, male a proposito si pretendono danni interessi (4). Ma l'illustre scrittore rifugge da tale conseguenza *qualora debba avere per risultato di lasciare la vittima senza compenso.* Ed allora, in mancanza di un testo di legge, ricorreremo ai principii generali del diritto? Nemmeno, egli dice, « avendoci l'esperienza insegnato a diffidare della protezione che dovrebbe aversi da questi principii, perchè hanno poca fortuna innanzi i tribunali, massime quando si tratti per essi di risalire fino ai canoni più elevati dell'equità ». E fa voti perchè il testo della legge venga in

(1) Fr. 45, § 4, Dig., 9, 2.
(2) Fr. 29, § 3, Dig., 9, 2.
(3) V. framm. 3, § 7, Dig., 47, 9; framm. 49, § 1, Dig., 9. 2; framm. 7, § 4, Dig., 43, 24.
(4) *Obblig.*, V, n. 165.

Digitized by Google

questa parte a mettere più apertamente il diritto positivo in armonia con le esigenze dell'equità (1).

Ma, aspettando che venga il testo della legge, si pretenderanno male a proposito i danni interessi, ovvero no?

10. Duolci di leggere nelle pagine di un dotto scrittore che bisogna diffidare dei principii generali del diritto, ai quali espressamente ci rimanda il legislatore! Sarebbe un inutile rimando? E sol perchè talvolta se ne fa dai tribunali erronea applicazione, dovremo rinunciare di attingere a quella fonte inesauribile?

Il Giorgi, rispondendo alle critiche di L. Coviello (2), dà infine la sua opinione sulla questione; « In conclusione noi invochiamo la teoria dei compensi, o, come impropriamente si è chiamata, la responsabilità senza colpa. Quella teorica per cui si può aver ragione dell'obbligo giuridico di compensare un danno compiuto per atto lecito, come avviene nelle espropriazioni per pubblica utilità. È la mancanza di una compiuta consecrazione nella legge positiva, di questa teoria, quello che ha fatto sorgere l'idea della responsabilità senza colpa: la quale così formulata involve una contraddizione in termini ». Ed infatti l'autore respinge quella teorica (3); ma noi non comprendiamo come mentre s'invoca una teorica, nel tempo stesso la si respinga!

Che cos'è questa teoria dei compensi? È forse quella stessa della responsabilità senza colpa? Occupandoci di questo argomento (4), noi discorriamo dell'ipotesi in cui l'agente abbia prodotto il danno senza che fosse imputabile, e, nel difetto di un testo di legge, in nome dei principii e dell'equità abbiamo ammesso che, per quanto non imputabile l'autore del danno, se sia in grado di poterlo in tutto o in parte risarcire, debba risarcirlo. Abbiamo ricorso ai principii generali di diritto, che non possono mai andar disgiunti dall'equità, perchè *jus est ars boni et aequi.*

---

(1) Loc. cit.
(2) Op. cit., V, n. 165, note (6ª ediz.).
(3) Op. cit., V, n. 149, nota.
(4) V. cap. III, n. 26.

Digitized by Google

Ebbene, anche pel danno commesso nello stato di necessità, noi ricorriamo alle stesse fonti. E diciamo che questa speciale condizione in cui trovasi l'agente non essendo prevista dal Codice civile, e non potendosi ricorrere a casi simili o a materie analoghe, dobbiamo necessariamente riferirci ai principii generali di diritto. Secondo i quali principii, chi, agendo nello stato di necessità, rechi danno agli altri, non commette azione illecita, e non comprendiamo con quanta ragione siasi potuto affermare il contrario. Si agisce per la tutela della propria incolumità o delle cose proprie, in momento in cui ogni proposito di fare altrimenti sia impossibile, chè altrimenti non si parlerebbe di agire *jure necessitatis*.

Certo, non può applicarsi la teoria dell'indebito arricchimento, perchè, come ben dice il Giorgi (1), chi si salva da un pericolo non si arricchisce; ma si tenga conto che l'agente evita il danno proprio col danno di colui che sia esente da qualsiasi colpa. Il predetto scrittore ricorda molto opportunamente l'esempio addotto dal Genovesi nella Diceosina (2). « Sono in calesse; sei validi assassini mi inseguono: i miei cavalli sferzati corrono precipitosamente, ed ecco alcuni fanciulli scherzanti allo stretto dinanzi a me. O frenarne il corso e lasciarmi assalire ed uccidere dalle bande dei facinorosi, o schiacciare qualcuno di questi innocenti. Hanno deciso che non sono reo se gli schiaccio per non essere ammazzato. Se questi per altro erano del mio pericolo innocenti, può stare che mi assolva il Pretore, ma fuori del caso, io sento che mi si rivolta la coscienza e che condanno me medesimo ». E Giorgi domanda: « Se la vittima di quella corsa precipitosa non fosse un fanciullo, ma un padre di famiglia, che alimentava coll'industria personale i proprii figli, l'uccisore vada pur esente da pena, ma la giustizia civile potrà esonerarlo dai danni interessi a pro della famiglia dell'ucciso? »

No, rispondiamo senza esitare. Quel tale ha salvato la propria vita sacrificando quella di un innocente; se la legge

(1) Loc. cit.
(2) Lib. II, cap. II.

Digitized by Google

penale la scusa, la coscienza si rivolta al pensare che il danno non debba essere risarcito. Quale principio di equità potrebbe venire in contrasto col responso di quella coscienza, che spassionatamente interrogata è l'eco fedele del giusto e dell'onesto?

Rosmini esamina anch'esso l'ipotesi se sia lecito salvare la nostra vita col danno, e se occorra colla morte dell'innocente. Secondo il celebre filosofo, il principio al quale conviene fare omaggio è quest'esso: « non esser mai lecito di cagionare alcun vero danno all'innocente per difendere noi medesimi da un danno quàlsiasi » (1). E distingue: O la cagione del mio pericolo di morte è una violenza che quell'innocente mi usa, cui uccidendo io mi libero, ovvero quell'innocente è verso di me tutto pacifico. La prima ipotesi sarebbe quella di un pazzo furioso armato: la seconda, se io fuggendo a cavallo dai sicarii che mi perseguono, incontrassi sulla stretta via donne e bambini, che dovrei calpestare per giungere in tempo a salvarmi. Ed ecco la soluzione: « Nel primo caso, niun altro mezzo avendo di salute, posso uccidere l'invasore benchè non reo, potendo io bene *vim vi repellere*, giacchè non sono obbligato, come osserva il Grozio, a patire ciò che colui mi vuol far patire (2). Così operando, non sono io la vera cagione dell'altrui morte, ma n'è cagione l'invasore stesso; io non fo che impedirgli l'entrata nella sfera dei miei diritti, e da questa repellerlo. Se seguita da ciò la sua morte, non è questa da me nè voluta, nè intesa, anzi deplorata; conciossiachè io non voglio altro che la salvazione della mia vita. Dei due innocenti che battonsi, l'uno dei quali è assalitore e l'altro difensore, il primo è la causa della battaglia, e su lui è giusto che cada la sventura, che sull'un dei due deve inevitabilmente cadere; nè la carità stessa, in generale, mi obbliga a provvedere alla sua conservazione anzichè alla mia (3). — Al secondo caso io non saprei rispondere che negativamente, che anzi consegue dalla decisione del primo, che vedendoci il cavallo del fug-

(1) *Filosofia del diritto*, vol. I, § 1748.
(2) Cit. Grozio, *De jure belli ac pacis*, lib. II, capo I, § 3.
(3) Loc. cit., § 1756.

Digitized by Google

gente addosso quelle donne, e la morte inevitabile se non contrapponessero forza alla forza, avrebbero esse il diritto di difendersi da colui siccome da oppressore o colpevole, se è presente a sè stesso, o incolpevole, se nel calor della fuga non ebbe tempo a riflettere e calcolare la morte che egli attenta a persone pacifiche ed incolpabili, e potrebbero quindi ucciderlo, ove questa fosse l'unica via di salvare sè stesso ed i proprii bambini » (1).

11. Come abbiamo detto, può avvenire che, pur agendo in conformità alla legge, rechiamo un danno ad altre persone, come quando si edifichi a distanza voluta dalla legge. Può avvenire però che, pur rimanendo nei limiti di legge, l'opera nostra sia di nocumento agli altri senza che a noi fosse di alcuna utilità. Così, ciascuno ha il diritto di chiudere con muri il proprio fondo fabbricando sulla linea di confine (art. 442 Cod. civ.); ma se farà elevare il muro ad altezza tale da eccedere il bisogno della chiusura, recando pregiudizio al vicino, dovrà questi rassegnarsi a subirlo in grazia del principio che danno risarcibile non vi sia da parte di colui che affermi *id jure fecisse?* In questo e simili casi, colui che risente il danno potrà opporre all'altro: *quod mihi nocet et tibi non prodest?*

Nella scienza giuridica, gli atti che taluno compie senza ritrarne alcuna utilità e recando soltanto nocumento ad altri, sogliono appellarsi *emulativi*, commessi unicamente *ad aemulationem*, per capriccio, per astiosità, nell'unico fine di offendere una data persona; e tali atti possono essere d'indole diversa, a cominciare dalla scialbatura che rendesi sgradita alla vista ed a finire alla costruzione di mura o di altre opere, che tolgono luce o prospettiva ad un edifizio facendone scemare il godimento.

In alcuni testi delle leggi romane, muovendo dalla massima secondo la quale *malitiis non est indulgendum*, si reprime l'esercizio sconfinato del diritto, quando si traduce in danno di altri senza alcun proprio vantaggio. Così, effettuata la rivendica, si proibisce al possessore di distruggere

(1) Loc. cit., § 1757.

Digitized by Google

o di levar via ciò che non possa recargli alcun profitto (1); e questo principio informa anche le disposizioni degli articoli 449 e 450 del Codice civile. E nei casi di inondazione, di abbattimento di argini per violenza delle acque, si cerca di armonizzare i diritti di tutti, senza predominio esclusivo di quelli di alcuno (2).

Erano soluzioni dettate dalla equità: *haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamur.*

12. Ma il testo nel quale si parla espressamente di atti consumati ad *aemulationem* è il fr. 3 Dig., 50, 10: *Opus novum,* dice Macro, *privato etiam sine principis auctoritate facere licet praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat, vel materiam seditionis praebeat, vel circum, theatrum, vel amphitheatrum sit.* È agevole scorgere come questa sia stata una legge di mero ordine pubblico; ma è notevole che sovr'essa elevossi una teorica, che poi divenne *jus receptum,* e per cui si ritenne il divieto dei così detti atti emulativi. Passando di libro in libro, scrive Scialoja, senza nessuna critica, senza che si cercasse di ostare alla comune corrente, o almeno di fondare la propria decisione sopra motivi migliori che non fossero le molte citazioni di autori precedenti, la teoria si potè dire un *jus acceptum;* essa venne prendendo norme precise e furono stabiliti tutti i casi nei quali si poteva applicare (3). E lo scrittore testè citato fa rilevare come nell'antico diritto la dottrina della proibizione degli atti emulativi fondavasi sulla massima *malitiis non est*

(1) Fr. 3 Dig., 6, 1.

(2) Fr. 2, §§ 5 e 9, Dig., 39, 3; fr. 29 Dig., 39, 2.

(3) V. la monogr. del prof. Vittorio Scialoja inserita nel *Foro It.* (1878, 1, 481), nella quale son riferiti i casi di emulazione ed è fatta un'accurata rassegna degli scrittori antichi e moderni che accolsero le teorie degli atti emulativi. Ma un lavoro veramente completo e dottissimo è quello inserito nella Enciclopedia Giuridica Italiana, v. *Aemulatio,* dove è fatta un'analisi dei diversi testi del diritto romano, e sono citati tutti gli scrittori antichi e moderni che trattarono la quistione. Nei limiti di questo trattato non possiamo occuparci di tale quistione ampiamente; e rimandiamo il lettore a consultare la predetta monografia, che, in ordine al materiale scientifico, può dirsi esauriente.

Digitized by Google

indulgendum. Nell'odierno diritto si è invocata l'equità, si sono invocati i principii generali di diritto, e ciò nel difetto di un testo espresso di legge che stabilisca il divieto degli atti emulativi. E poichè lo stesso scrittore ritiene che nè l'equità, nè i principii generali del diritto siano bene invocati; e, d'altra parte, poichè il maggior numero di scrittori e la patria giurisprudenza propendono tuttavia per la dottrina classica, così non possiamo fare a meno dal vagliare gli argomenti che contro la medesima si adducono.

Muovendo dalla dottrina aristotelica per cui l'equità è *correzione della legge in ciò che omise per la sua universalità*, lo Scialoja trova che l'equità ed il diritto razionale sono una sola ed identica cosa, e l'equità comincia a distinguersi dal diritto solo quando questo diviene diritto positivo. « Se dunque l'equità altro non può essere che diritto, conviene che i nostri avversari, ritirandosi dietro l'ultima loro difesa, dimostrino che un diritto esercitato ad emulazione non è più diritto e perciò deve proibirsi. Ma se egli è vero che il diritto segue i confini della libertà di ciascuno, appunto perchè ognuno da sè ed insieme cogli altri possa, agendo a suo arbitrio entro quei limiti del minimo e del massimo della sua azione, conseguire il proprio fine individuale ed il fine sociale (poichè non mi rifiuto di seguire i miei avversari nel campo della teleologia); se egli è vero che questi limiti sono prescritti dalla necessità dei rapporti sociali, noi dovremo trarne la conseguenza che chi agisce senza uscire dalla propria sfera giuridica ha diritto che non gli si domandi conto delle sue azioni, ha diritto di conformarsi o no ai precetti della morale. E si noti bene che questa libertà è guarentigia della stessa morale, la quale perde la propria natura quando vi si unisca la esterna coazione. Alla proibizione degli atti emulativi osta adunque una pregiudiziale, ed è che non si può investigare l'animo di colui che contenendosi nei limiti a lui imposti, non invade il campo degli altrui diritti. Si ammetta per un istante il principio degli avversarii: dove si giungerà? Non sarà nulla l'andare a dipingere le case dei vicini, come vuole il Pardessus, non sarà nulla il costringerli a dar conto di ogni muro alzato, di ogni finestra aperta e l'abbattere ed ottu-

Digitized by Google

rare ogni volta che non si dimostri l'utilità; ma per essere logici bisognerà spingersi ancor più oltre nelle conseguenze e portare il sindacato in tutte le azioni umane. siano fuori, sieno dentro i confini del diritto » (1).

D'accordo col predetto scrittore che l'equità sia qualcosa di superiore, di correttivo, di opposto talora al diritto positivo rigoroso, senza che per ciò stesso vada confusa colla morale. In altri termini è l'elemento etico del diritto: *quod semper aequum est jus dicitur* (Paolo) (2) — *ars boni et aequi* (Celso) (3). È il correttivo del diritto positivo, in maniera che la scienza del giusto diventa a poco a poco l'arte dell'equo (4); e questo correttivo si rivela a Roma nel diritto pretorio e poscia nella filosofia giuridica rappresentata da Cicerone, dagli stoici e dagli stessi giureconsulti.

Senza esorbitare quindi dal campo giuridico, senza confondere il diritto colla morale, l'equità, cioè l'elemento etico, deve necessariamente informare i principii generali del diritto, ai quali ci rimanda il legislatore quando una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, o avendo riguardo a casi simili o materie analoghe. Anzi, par che la intenzione del legislatore sia stata quella di fare omaggio all'elemento etico informatore del diritto.

Nessuna osservazione, osserva il Bianchi, fu fatta dalla Commissione coordinatrice relativamente all'ultima parte di detto articolo, in cui si dichiara che, in mancanza di testi precisi di legge e di argomenti di analogia, le controversie debbono essere decise secondo i principii generali del diritto. Intorno a questi punti, seguita ad osservare il citato scrittore, era avvenuta un'ampia discussione in occasione della compilazione del Codice albertino. Nel progetto era stato detto che i casi dubbiosi dovessero essere decisi *secondo i principii del diritto naturale;* il Senato di Piemonte, quello

(1) *Foro It.*, loc. cit. Gli stessi concetti sono ripetuti nella monografia dell'Enciclopedia Giuridica, loc. cit., § 21.

(2) Fr. 11 Dig., 1, 1.

(3) Fr. 1 pr., Dig. 1, 1.

(4) Vico, *De nostri temp. stud. rat.*, § 12.

Digitized by Google

di Savoia e la Camera dei Conti opinarono che queste regole date ai giudici fossero troppo vaghe ed incerte, lasciando luogo a raccogliere le norme del decidere nel campo del disputabile. E chi proponeva di sostituire ai *principii* del *diritto naturale* quelli del *diritto comune* o quelli di *ragione* o i *principii dell'equità* o i *principii* di *ragion naturale.* « La Commissione ribattè queste obbiezioni e sostenne la propria proposta; e il Ministro guardasigilli osservò che accennando ai principii del diritto naturale erasi inteso di designare il *complesso di quelle massime di sana morale che sono da tutti riconosciuti.* Fu allora che venne proposto di dire doversi risolvere i casi che rimanessero dubbii *secondo i principii generali di diritto;* e così passò nel Codice albertino questa espressione, riprodotta poi senza ulteriori osservazioni nel Codice attuale. Da tutto questo ci sembra dunque potersi raccogliere come risalendo all'origine storica di questa parte dell'articolo 3 di cui parliamo, debba ritenersi secondo che accennammo altra volta, che per principii generali di diritto siansi intesi quelli che sono universalmente ammessi dalla scienza, nè vanno soggetti a controversie che li pongano seriamente in dubbio » (1).

13. Dall'anzidetto emerge come non possa accettarsi l'argomentazione dello Scialoja, cioè, che l'equità non potendo essere altro che il diritto, bisognerebbe dimostrare che un diritto esercitato ad *emulazione* non sia più diritto e perciò debba proibirsi. Tutt'altro; occorre invece indagare se nell'esercizio di ogni diritto si debba o no fare omaggio a *quelle massime di sana morale che sono da tutti riconosciute, ai principii universalmente ammessi dalla scienza.* Così posta la tesi non può essere dubbia la risoluzione; e l'atto cosidetto emulativo, nell'esercizio di qualsiasi diritto, è condannato dai principii generali del diritto istesso.

Non neghiamo che il diritto segna i confini della libertà di ciascuno; ma è appunto nella determinazione di tali confini che deve farsi omaggio a quei principii generali, alle massime eterne di sana morale, per cui non debb'es-

(1) *Corso del Cod. civ. it.*. vol. I, cap. V, n. 133.

Digitized by Google

sere permesso di recar nocumento ad altri per capriccio o per astio, il che ripugna all'indole del *facultas moralis agenti.*

La teoria classica è accusata di confondere il diritto colla morale, e l'accusa ha un'apparenza di vero, ponendo mente ai postulati sui quali i dottori antichi e moderni hanno cercato di giustificare il diritto degli atti emulativi. Per esempio, Strychio adduce l'amore del prossimo, per cui non dobbiamo nuocere agli altri esercitando i nostri diritti (1); e per lo più si allega la massima *malitiis non est indulgendum.* Ma tali ragioni si possono riassumere in una sola, cioè che l'uso, l'esercizio immorale del diritto debb'essere vietato. A questo argomento, di gravissima importanza, si oppone che non possa essere tenuto in conto senza confondere la morale col diritto.

Pur troppo si abusa di questa distinzione, la quale rappresenta una grande verità scientifica, e può rappresentare, se fraintesa, un grave errore. Dicasi pure vecchia, ortodossa la dottrina che in ogni diritto intende necessariamente riscontrare l'elemento etico, non insistiamo nel ritenere che tale dottrina sia immensamente superiore a qualcuna delle odierne, che considera il diritto astrazione facendo da ogni elemento etico; e, dopo quanto ne abbiamo già detto non occorrerebbe che ne dicessimo ancora, se la materia di cui ci occupiamo a ciò non ci costringesse.

Havvi forse un momento in cui il diritto perde quell'elemento etico che lo ha informato nella sua genesi? Può il diritto, in un momento qualsiasi, venire considerato indipendentemente da quell'elemento? È a rispondersi negativamente, nella maniera più assoluta. Il diritto deve sussistere sempre coi caratteri primigenii che lo accompagnano nella sua genesi. Se fosse altrimenti, potremmo avere anche il diritto del più forte, la facoltà disordinata, il capriccio, la tirannide! Ma, ogni diritto debb'essere esercitato liberamente, si dice, indipendentemente dalla intenzione dello agente. Senza dubbio, chi può disconvenirne? Se io esercito la mia azione creditoria contro il creditore, nessuno può

(1) *Dissert. jurid.* FLORENT, 1838, vol. III, disp. XVII. *De jure aemulat.*

Digitized by Google

oppormi le conseguenze tristi che possono derivarne; nessuno può dirmi: voi siete ricco, perchè incrudelite contro il debitore vostro? È questo un campo dove a niuno è lecito di penetrare; è il campo puramente etico, dove l'uomo non soggiace che ai precetti della pura legge morale. Ma il diritto non perde le caratteristiche che lo accompagnano; dal non essere sindacabile la intenzione colla quale si agisce, non deriva che possa esservi un diritto immorale. Non tutti i precetti della morale possono informare le norme della legge positiva; e, sino a quando questo principio non fu compreso, il potere sociale si arrogò prerogative che spesso degenerarono nella più flagrante violazione della morale e del diritto.

14. Ma sol perchè nel foro interno non è lecito ad alcun potere umano di penetrare, nell'esercizio del diritto si può ritenere essere giuridicamente ammessibile l'*uso immorale* del diritto istesso, quando tale rivelasi nella sua estrinsecazione? (1). Contro questo principio, abbastanza paradossale, osserviamo anzitutto che bisogna intenderci sul concetto dell'*uso immorale* del diritto. Che si vuole significare con questa espressione? Che lo Stato non debba tener conto della intenzione dello agente? Ma il non tener conto della intenzione non equivale a riconoscere la immoralità dello agente. Sarebbe strano che il potere il quale rappresenta la tutela dei diritto (perchè in fin del conto l'azione dello Stato, come avvertì Romagnosi (2), si risolve nella tutela e nell'educazione), sarebbe strano, diciamo, che tale potere proclamasse di riconoscere anche l'*uso immorale* del diritto istesso. Un legislatore che proclamasse giuridicamente possibile cotale uso rappresenterebbe l'espressione della tirannide, la negazione di ogni principio etico. In nessun diritto può essere compresa la facoltà di esercitarlo immoralmente, e cade in gravissimo errore il Brunetti quando scrive che « in un diritto subbiettivo può benissimo essere

(1) Brunetti, op. cit., § 91.
(2) *Assunto primo alla scienza del diritto naturale*, § 8.

Digitized by Google

compresa la facoltà di compiere un certo atto anche se questo urti contro una norma morale, in quanto quella determinata norma morale può essere altresì una norma giuridica » (1). No, in nessun diritto può esser compresa una facoltà di simil genere, una facoltà cioè di usare immoralmente del diritto medesimo. Son delle antinomie che bisogna assolutamente proscrivere!

Quale sarebbe la norma morale la cui violazione sfuggirebbe all'azione del potere sociale? Quella che riguarda la intenzione dell'agente, si dice; e sta bene, quantunque talvolta il legislatore sia costretto di derogare al principio, nei casi d'impossibilità, anche nell'ordine civile. Ma, quando taluno opera in modo che del proprio diritto si possa usare per conseguire il fine insito nel diritto stesso o una utilità qualsiasi, ma a scopo irrazionale, danneggiando gli altri senza alcuna propria utilità, l'*uso immorale* del diritto è allora fuori dubbio. Ebbene, chi faccia del proprio diritto un *uso immorale* invocherà la distinzione tra la morale ed il diritto, ed opporrà al danneggiato che dell'intenzione non si risponde innanti al giudice?

Il solo buon senso ci dice che l'ipotesi sia ben diversa e che non si trovino più a riscontro la legge morale e la coscienza individuale, ma havvi qualche altro elemento del quale bisogna tener conto. Ogni diritto debb'essere esercitato conforme alla finalità del medesimo; quando questa finalità manca e l'esercizio si risolve nel danno altrui, a torto s'invoca il principio della insindacabilità delle intenzioni. Anzitutto, non si tratta d'inquirere sulla volontà dell'agente, perchè quando la volontà si esplica in determinato modo, dall'effetto è agevole argomentare quale abbia potuto essere la causa. Se io non mi contento di chiudere il mio fondo, ma elevo il muro così esageratamente da fare impressione ad ogni persona sensata e danneggiando le case limitrofe, è facile argomentare l'*animus nocendi*, l'astiosità, il capriccio. Questa indagine, si dice dallo Scialoja (2) e da

(1) Loc. cit.
(2) V. la monogr. *Aemulatio*. nell'*Enciclopedia Giur. Italiana*. n. 21.

Digitized by Google

altri scrittori (1), offende la libertà e quindi non è ammissibile. L'interesse sociale vuole che la libertà sia garantita. « L'interesse sociale che il diritto difende permettendo che il proprietario agisca anche per fini non retti, è quello della libertà. L'inquisizione circa gl'intendimenti del proprietario distrugge la libertà; il diritto, almeno come oggi è costituito, vuole questa libertà; esso perciò deve impedire quella inquisizione. Esso adunque deve permettere gli atti di emulazione non già perchè li approvi, non già perchè ritenga che il proprietario, che compie un atto di tal natura, lo faccia per trarne un vantaggio degno della difesa giuridica, ma perchè il divieto dell'emulazione implica un sindacato sulle azioni del proprietario anche quando effettivamente non eccedono i limiti giuridici, ed ogni indagine di tal natura offende la libertà » (2).

Ma il concetto della libertà è in tal modo esagerato all'estremo, se non frainteso. La libertà è condizione per l'esercizio di tutti i diritti (3); ma non può invocarla chi, senz'alcuna utilità propria, rechi danno agli altri in nome del proprio diritto, *senza trarne alcun vantaggio degno della protezione giuridica.* Agendo *ad aemulationem,* può il proprietario allegare che *oggettivamente non eccede il limite del proprio diritto?* Ma come non lo eccede se reca danno agli altri senza alcun vantaggio proprio? Ogni diritto ha una sfera di azione propria, corrispondente alla finalità di esso; dal momento che la finalità cessa, sorge per ciò stesso una barriera insormontabile che non puossi oltrepassare impunemente e tanto meno in nome della libertà. Esiste o no la finalità del diritto quando si esercita senza utilità propria e col solo danno degli altri? Noi siamo sicuri che non esiste, e domandiamo a qual pro possa invocarsi la libertà. Per garantire il capriccio del proprietario? Che se l'atto emulativo si voglia considerare come abuso del diritto *(Rechtmissbrauch)* (4), non può giuridicamente essere giusti-

(1) Atzeri-Vacca, *Sulla dottrina degli atti di emulaz.*. pag. 59 e segg.; Ferrini, *Delitti e quasi delitti,* n. 30; Brunetti, n. 94.

(2) Loc. cit.

(3) Romagnosi, op. cit., § 19.

(4) Così il Ramdohr citato dal Brunetti, § 89, nota 2.

Digitized by Google

ficato, perchè dove comincia l'abuso cessa il diritto e nessuno può invocare la libertà a tutela dell'abuso, cioè dell'agire antigiuridico.

Da banda quindi ogni concetto d'inquisizione sulla volontà del proprietario negli atti emulativi; quest'omaggio alla libertà e non solo esagerato, ma irrazionale, ingiusto, nè armonizza col concetto odierno della proprietà, secondo il quale concetto un tale diritto, nella sua esplicazione, deve tener conto delle legittime esigenze del diritto sociale che in fin del conto è la risultante dei diritti dei consociati. « Qualora si pretendesse, scrive il Brunetti, che ogni cittadino esercitasse utilmente il proprio diritto, bisognerebbe ammettere un tale sindacato della condotta di ciascuno che sarebbe intollerabile per la libertà individuale » (1). Ma l'argomento non ha valore sol che si pensi che ogni cittadino può esercitare il proprio diritto come meglio gli piaccia, nessuno avendo interesse di occuparsi se l'esercizio sia utile o inutile. Un sindacato di simil genere non si comprenderebbe, nè è passato in mente ad alcuno. Però l'ipotesi muta quando da una parte havvi l'inutilità dell'esercizio del diritto, dall'altra il pregiudizio dei terzi; quale sarà allora il limite dell'esercizio del diritto? Per essere logici, scrive lo stesso Brunetti, si dovrebbe conchiudere, in generale, che un atto il quale normalmente rientrerebbe nell'esercizio del diritto, è illecito e fa sorgere per conseguenza l'obbligo del risarcimento *quando sia dannoso ad altri ed inutile all'agente,* e non già che questo atto è illecito solamente quando sia, per di più, *posto in essere con l'unico fine di nuocere altrui* (2). E ciò è vero, senza dubbio; ma si consideri che l'animo di nuocere si è dalla dottrina classica riscontrato negli atti emulativi appunto per la ragione che nessuna utilità ricavando per sè l'agente, la spiegazione non può rinvenirsi che nella volontà, nell'animo di nuocere, nel capriccio, nell'astiosità. E una di quelle presunzioni fondate sulla natura stessa delle cose; il fatto non può spiegarsi altrimenti nel supposto che il proprietario abbia agito con l'ordinario discernimento.

(1) Op. cit., § 94.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

Ma di tale presunzione può farsi a meno nel qualificare l'atto come emulativo, imperocchè i termini rimangono sempre i medesimi: esercizio del diritto senza utilità — danno recato ad altri. Le conseguenze sono sempre le medesime.

15. La questione, secondo Brunetti, consiste in ciò, se debba darsi o no sanzione giuridica a queste norme: « è vietato di agire col solo fine ed effetto di nuocere ad altri senza utile proprio » (1). E noi diciamo che quantunque possa farsi astrazione dal fine e tener conto del solo effetto, può accettarsi la indagine nella maniera proposta.

Inutilità nell'effetto, inutilità nella intenzione, inutilità obbiettiva e *inutilità subbiettiva,* debbono concorrere, secondo il predetto scrittore, perchè l'atto possa qualificarsi emulativo. L'*inutilità subbiettiva accresce il grado di immoralità* e fa sì che la infrazione alla morale possa essere anche dichiarata giuridicamente illecita; e, secondo l'autore, l'atto *malizioso* commesso coll'aggravante della inutilità subbiettiva ha influito inconsciamente sull'animo dei sostenitori del divieto degli atti emulativi. « Se hanno insistito nel sostenere il divieto, debbono averlo fatto appunto perchè negli atti emulativi hanno intravvisto una *particolare malizia*, una più *grave immoralità* in confronto di quegli atti che, pure essendo sempre maliziosi e immorali, non contengano l'aggravante della inutilità subbiettiva » (2). Ma non comprendiamo perchè la ragione predetta abbia *inconsciamente* influito sulla dottrina classica, quando risulta dagli insegnamenti di tutti i sostenitori della medesima che l'atto sia emulativo appunto perchè di nessuna utilità allo agente. Senza che abbiano usato l'odierno linguaggio, senza che la nessuna utilità avessero chiamata *inutilità subbiettiva*, il risultato è identico, e nulla si dice di nuovo ripetendo le cose con parole diverse.

L'Ancona (3) determina così gli elementi della emulazione. Perchè si abbia l'*aemulatio* occorre: *a)* che un atto

(1) Op. cit., § 95.
(2) Loc. cit.
(3) V. *Archivio Giurid.*, LII, pag. 292 e segg.

Digitized by Google

normalmente compreso nel nostro diritto sia eseguito coll'intento di nuocere; *b*) che chi lo compie non ne ritragga utile alcuno (o piccolissimo); *c*) che questo atto sia riuscito dannoso ad altri. Confessiamo di non aver compreso la critica alquanto sottile che il Brunetti fa alla determinazione anzidetta, e di non aver compreso dove stia il gravissimo errore che imputa all'Ancona (1). Quanto a noi l'accettiamo, dando alla intenzione di nuocere quella spiegazione della quale abbiamo tenuto discorso.

16. Ma insomma concorrendo la *immoralità specifica, l'intenzione di nuocere altrui senza utile proprio, l'immoralità in grado più elevato dell'ordinario, l'immoralità in modo specifico e qualificato* (2), si arriva al divieto degli atti emulativi? Ammettiamo pure che non si possa ricorrere a *criteri necessari*, a *principii assoluti*, ma a criteri *relativi* e *contingenti;* si giustifica il divieto degli atti emulativi? Non si giustifica nemmeno secondo il Brunetti, in grazia di certe distinzioni e suddistinzioni che egli fa, e sulle quali siamo costretti di intrattenere ancora il lettore per vedere se siano attendibili e tali da portare ad una conchiusione che armonizzi colle promesse.

Nella determinazione dei fatti umani illeciti, così il Brunetti (3), non conviene tener troppo conto dell'elemento interno (subbiettivo) a scapito dell'elemento esterno (obbiettivo). Siccome la funzione del diritto si riferisce alla vita umana *esteriore*, è naturale che esso si occupi del lato *interno* del fatto solamente quando il fatto istesso già lo interessa dal punto di vista *esterno*. Se il danno consiste nella diminuzione di un bene il cui godimento sia in qualche modo assicurato dal diritto, allora può tenersi conto dell'elemento interno; ma se trattasi di beni non protetti dal diritto, *che non interessano il diritto*, allora di tale elemento non conviene occuparci, quantunque si tratti di *immoralità in grado elevato*. In questo secondo caso il diritto non si

(1) Op. cit., § 98.
(2) Brunetti, op. cit., § 99.
(3) Op. cit., § 100.

Digitized by Google

occupa dell'elemento interno « sebbene *questo consista nell'animus nocendi*, che è, di per sè, immorale e che è reso anche più immorale dall'aggiungersi della inutilità subbiettiva ». « Insomma, conchiude il Brunetti, l'inutilità subbiettiva che è il carattere differenziale dell'atto ad emulazione, mentre per una parte, cioè in quanto accresce e specifica l'immoralità dell'atto, potrebbe influire nel senso di farlo dichiarare illecito giuridicamente, non può d'altronde produrre questo risultato, perchè essendo un elemento tutto *interno*, non modifica, come sarebbe necessario, il lato esterno dell'atto, in guisa da far sì che interessi il diritto. Volendo chiarire il nostro concetto, facciamo un confronto, per esempio, coll'atto di alienazione posto in essere dal debitore in danno dei creditori. Questo atto, quantunque volontario, non è di per sè illecito finchè manca il *consilium fraudis*. Allorquando cotesto elemento si aggiunge e viene così a dare all'atto una qualifica di *immoralità*, sebbene si tratti di elemento *interno*, nondimeno l'atto diviene illecito, perchè già conteneva un elemento *esterno* interessante il diritto e rappresentato dalla diminuzione di quella garanzia che, di fronte al creditore, è costituita dai beni del debitore, garanzia naturalmente del diritto protetto. Invece nel caso nostro, mancando un elemento esterno di questo genere, il divieto giuridico non può dichiararsi giustificato. Ecco perchè noi riteniamo che non si debba dare sanzione giuridica alla norma che vieta di agire col solo fine ed effetto di nuocere ad altri senza utile proprio, ossia concludiamo in senso contrario al divieto giuridico degli atti ad *aemulationem* ».

A dir vero, questa conclusione avrebbe potuto mettersi come postulato in principio della trattazione degli atti emulativi, ed avrebbe troncato qualsiasi discussione e tutta la serie delle distinzioni e suddistinzioni fatte dall'autore. Come! Nella società civile non interessa il diritto se taluno risenta pregiudizio dall'atto emulativo? Lo Stato, che è l'organo del diritto, non deve assicurare il legittimo, il razionale esercizio di tutti i diritti? Non deve assicurare a tutti la condizione di libertà? Non deve far sì che ogni diritto venga esercitato nella sfera di azione designata dalla fina-

Digitized by Google

lità del diritto istesso? Quando si risente un pregiudizio che non siasi obbligato di risentire perchè nessun utile ricava colui che mel produce, il pregiudizio non è l'effetto di un fatto giuridicamente illecito?

Non potrebb'esserci una dottrina più decisamente individualistica. Essa oblìa assolutamente ogni elemento sociale, organico, di coesistenza nell'esercizio del diritto di proprietà!

17. Si vuole addurre l'autorità di Cristiano Tomasio, il quale sceverando il diritto dalla morale nella maniera più esagerata, giunse a conseguenze perniciose nel campo del diritto positivo. Romagnosi ricorda la proposizione di quello scrittore sostenuta in un' apposita dissertazione: *Non datur actio forensis contra aedificantem ex aemulatione,* ed osserva che « in forza della massima fondamentale da lui proclamata non esistere fra i privati fuorchè doveri puramente *negativi* che possano partorire un perfetto diritto, egli rigettò tutti i riguardi producenti, secondo lui, un'imperfetta obbligazione, e li collocò nella classe degli uffici di pura onestà ed umanità. Quindi autorizzò qualunque proprietario a praticare nel proprio fondo qualsiasi novità, e perfino opere fatte ad emulazione » (1). Fondava la sua dottrina sui diversi testi delle leggi romane, i quali testi affermano che non commette danno chi giovasi del proprio diritto. Ma il Romagnosi ricorda altresì come Baldo avesse rimproverato a Bartolo l'abuso che faceva delle leggi romane, sostenendo che il proprietario del fondo superiore potesse a suo capriccio deviare l'acqua che era di giovamento ai fondi inferiori, e traeva argomento dalla legge 38 Dig., *de rei vindic.* Pecchio che scriveva sulla fine del secolo XVII, sostenne la dottrina di Baldo fondandola sull'equità e sulle leggi romane. « La dottrina di Baldo e di tutta la italiana giurisprudenza, osserva il Romagnosi, prevalse, di modo che la tesi contraria del Bartolo e del Giasone, professata dopo alcuni secoli dal Tomasio, dall'Hommel e dallo Schuster, fu proscritta » (2).

---

(1) *Rag. civ. delle acque,* lib. I, cap. II, § 5.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

Invocando le leggi romane, continua il Romagnosi, Tomasio cumula le topiche generali nelle quali si dichiara la libertà dei privati dominii. « Queste topiche non vanno prese isolate, ma combinate colle altre che contemplano l'argomento controverso. Più ancora il Tomasio non vide che i romani quando scrissero i passi da lui recati parlarono di libertà e non di licenza; di uso ragionevole e non irragionevole; di dominio sociale e non di selvaggio. In linea dunque di autorità di dette leggi la conclusione del Tomasio è un vero controsenso. Che se vogliamo trattare la questione in linea di ragione naturale, e come dicesi in Germania, in linea di diritto filosofico, noi faremo osservare che Tomasio contemplò il dominio reale selvaggio, e non il dominio reale per necessità di natura propria della vita civile. Questo secondo aspetto veramente unico naturale, unico dimostrabile, unico praticabile, unico associabile all'economia ed alla politica, questo aspetto, dico, fu completamente ignorato dal Tomasio » (1).

All'Hommel che sostenne ogni uomo agire per qualche interesse e quindi poter fare nel proprio fondo quel che meglio gli piaccia, anche danneggiando i terzi per vendetta o malevolenza: « A ciò si risponde che il principio fondamentale supposto dall'Hommel si è il diritto del dominio selvaggio e non quello che è esercibile in società. Ma fu provato che questo principio è una disastrosa balordaggine. Dunque la di lui argomentazione è per lo meno inapplicabile nello stato di associazione territoriale e personale civile. In secondo luogo, allorchè le leggi parlano di utile, esse contemplano un utile di *valor comune,* di un utile contrattabile e non di uno interessante, capriccioso e maligno. Mai le buone leggi si avvisarono di dissociare la morale dalla giurisprudenza e dagli scambievoli riguardi necessarii all'armonia ed alla cordialità di una buona convivenza » (2).

Allo Schuster oppone il celebre scrittore la mala applicazione della definizione generale del diritto di proprietà,

(1) Op. cit. e loc. cit., § 6.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

che non è quella della proprietà sociale, ma della proprietà astratta e nuda.

18. Nessuno scrittore ha fatto meglio del Romagnosi rilevare il falso concetto del diritto di proprietà che informa la dottrina favorevole agli atti emulativi. Il lettore ci compatirà se, trattandosi di un grande pensatore italiano, che oggi par sia obliato (1), ricordiamo il famoso dialogo tra il proprietario che per animosità contro i proprietarii inferiori, apre un nuovo scaricatore delle acque di un laghetto, recando un danno a quei proprietari che irrigavano i loro fondi, ed i proprietarii medesimi. Se il proprietario del laghetto non dimostra l'utilità di ciò che abbia fatto, che cosa dovrassi dire?

« Se prendete in considerazione il nudo e pretto diritto privato quale per solito viene volgarmente figurato e applicato, non siete autorizzati a pronunziare potere il padrone del laghetto privare tutti i mentovati possessori dell'acqua suddetta scaricata, e così annientare l'irrigazione, la macina e i lavori figurati. Ma meglio considerata la cosa, dobbiamo noi forse ammettere una cotanto inesorabile proprietà da abilitare il padrone della testa del rivo ad abusare *usque ad aemulationem* del proprio dominio? Forsechè viene negato che il padrone suddetto usi dell'acqua sia per irrigare, sia per animare opificii? No. Forse l'acqua è nociva al suo fondo? Nemmeno. Per quale ragione adunque vuol egli spogliare i possessori suddetti di tanti beneficii? « Io sono padrone, dic'egli, dell'acqua del mio lago, e quindi ne voglio disporre come mi pare e piace fino ad asciugare e far perire il lago medesimo. — Ma voi deviate l'acqua per animosità contro dei vostri vicini e non per causa alcuna di vostra utilità. — È che perciò? Mi viene insegnato che far lo posso per

(1) Ad onore del vero, facciamo notare che lo Scialoja ha fatto il giusto apprezzamento dell'opera del Romagnosi sulla *Ragione civile delle acque*, scrivendo così: « È forse questo scritto del Romagnosi il « più potente che io conosca a favore del divieto. Abilissima è la sua « confutazione del Tommasio, dell'Hommel e dello Schuster ». V. la monografia citata nell'*Enciclopedia Giur. Ital.*, n. 16.

Digitized by Google

qualunque motivo ed anche *ad aemulationem*. Se la morale può disapprovare questo motivo, il diritto di proprietà non lo esclude. — Ma voi dimenticate che l'esercizio della vostra proprietà è subordinato alla legge sociale e alle esigenze comuni. — Ciò non decide perchè questa legge non mi toglie o limita la proprietà. — Badate bene che voi commettete una viziosa petizione di principio. Non si nega la vostra proprietà; ma si nega l'abuso insociale che ne fate (1). Quando il potere sociale convenne di assicurare e di fare assicurare la vostra proprietà, credete voi che lo abbia fatto per i vostri begli occhi? Sapete voi che sempre in questa protezione sta sottintesa la clausola che, soddisfatti i vostri bisogni, sia col godere, sia col contrattare, voi non togliate ad altri quei beneficii che la natura comparte ai vostri consorti? Voi dunque vorreste (qui insorge il padrone) che lo scarico del mio lago non fosse a me facoltativo, ma in servitù dei miei vicini inferiori. Come dunque conciliate il dettame di tutte le legislazioni, le quali dicono che col solo naturale deflusso di un'acqua dal fondo superiore ad un inferiore, il padrone superiore ha bensì il *diritto* dello scarico, ma non l'*obbligo* del medesimo? A questo vostro obbietto io rispondo distinguendo: Altro è figurare un obbligo a fare ed altro è figurare un obbligo a non contraffare, o sia un obbligo a non nuocere per emulazione. Lasciar fare la natura quando non nuoce a noi e giova agli altri; non impedire il bene altrui quando non contrasta col nostro, non forma una *servitù* contraria al dominio reale nostro esercibile nella convivenza; ma al contrario forma una condizione perpetua della stessa convivenza. La servitù inchiude un onere, un vincolo nocivo ai nostri interessi. Qui il corso dell'acqua per il rivo consueto non offende veruno dei vostri interessi. Dunque non havvi veruna servitù reale per noi; ma solamente l'obbligo personale della convivenza a non togliere a capriccio un beneficio da tanto tempo goduto dai vostri vicini. Quando

(1) Cogliamo l'occasione per rivendicare al Romagnosi la dottrina che nell'atto emulativo ravvisa l'abuso del diritto, e deploriamo che il Brunetti (op. cit., § 89, nota 2) citi il Ramdohr ed il Saleilles, tacendo il nostro Romagnosi.

Digitized by Google

s'ignoravano i principii della filosofia del diritto e valer si facevano i dettami astratti applicabili tanto all'uomo selvaggio quanto al cittadino; quando inconsideratamente si sbranavano le vedute direttrici della vita civile e si frapponeva un vero divorzio fra la giurisprudenza privata e la sociale; quando si facevano valere gli incompetenti e sgranati concetti di una individuale ed isolata proprietà, era permesso di dubitare se per emulazione si potessero gli utenti inferiori privare di un'acqua loro necessaria. Ma in oggi che la dottrina viene posta sulle basi naturali e adatte al suo soggetto, parmi che esecrare e proscrivere si debba la vostra pretesa. — Voi dunque (replica il padrone) pretendereste che io possa mai deviare l'acqua del mio lago e trarne vantaggi. — Questo, signor mio, è un'altra tesi. Altro è che pretendiate di deviar l'acqua per emulazione ed altro è che vogliate deviarla per trarne un ostensibile vantaggio. Niuno si opporrà a che non irrighiate i vostri fondi e restituiate l'acqua al rivo; locchè necessariamente far dovreste non avendo voi diritto di scaricarla per autorità vostra sui fondi esenti dai vostri vicini. Niuno pure si opporrebbe se voleste del vostro lago fare un'aggiunta ed un commercio della nuova acqua; ma nello stesso tempo il diritto e la morale vietano che la deviate *ad aemulationem*. — Lo scarico dunque mio (dice il padrone) non è più facoltativo. — Rispondo distinguendo. Non è facoltativo quando vogliate toglierlo *ad aemulationem*, concedo; non è facoltativo quando lo vogliate usare per dimostrabile utilità vostra e secondo la natura della proprietà acquistata, lo nego. Questa distinzione sta eminentemente rinchiusa nell'essenza stessa del reale dominio esercibile nella civile società; talchè concepito questo esercizio come si deve, risulta la regola semplice che il deflusso naturale delle acque del fondo superiore all'inferiore riesce pel padrone del superiore *sempre facoltativo*. Ma la parola *sempre* si applica al padrone che agisce secondo la legge della convivenza e non da forsennato e da maligno.

« E per prevenire qualunque sotterfugio giova tenere presente la seguente dichiarazione. Quando io sostengo che il privato ha diritto ad azione giudiziaria d'impedire la deviazione di una corrente artificiale utile ad altri, fatta per

Digitized by Google

vendetta, per invidia o per altro maligno motivo, io non pretendo che ciò derivi da un diritto *privato nativo*, dedotto dalla individuale e naturale isolata padronanza di due eguali, ma bensì da un diritto *sociale dativo*, cioè conferito al cittadini dalla legge stessa fondamentale della socialità, *sopratutto in materia di acque* (1). E siccome tale diritto viene indotto da uno stato di stabile convivenza, e per un diritto pubblico interno, perpetuo ed essenziale ad ogni civile consorzio, così egli vige sempre sotto tutte le legislazioni, a meno che non venga espressamente statuito in contrario. Il diritto è una forza regolata. Il regolare questa forza egli è lo stesso che *contemperarla* colla socialità. Il diritto dunque astratto, selvaggio, non contemperato, da noi figurato, non è un diritto, ma *antidiritto*. Viceversa, la facoltà contemperata da me intesa e quale conviensi alla convivenza, può solo ricevere il nome di *diritto*, perchè solo voluto dalla forza stessa delle cose e giusta lo scopo indispensabile della socialità. Il vostro merita tutt'al più il nome di *principio*, ma non di norma pratica giuridica. Ma dall'altra parte si vuole una *facoltà pratica* la quale sola merita il nome di diritto. Questa facoltà poi non risulta che dal principio vestito e non dal modo il quale riesce incompatibile applicato colla sua nudità. Dunque il vostro è *antidiritto* ed il mio solo è vero diritto. Egli non abbisogna di essere proclamato, ma basta soltanto che non venga spento dalla positiva autorità.

« Sia pur vero che l'oggetto presenti un affare privato e d'interesse privato. Sarà sempre vero che qui interviene l'autorità della legge di diritto sociale: e però agisce un diritto *dativo* insieme ad uno *nativo*. Questa lega è indissolubile e con questa si può agire in giudizio. Mille esempi potrei allegare di questa lega. Diritto *nativo* è per esempio quello del matrimonio; ma il modo di contrarlo nella società civile è di diritto sociale perchè soddisfare si deve all'ordine della famiglia e della posterità. *Così, di diritto pubblico*

(1) È chiaro come la teoria del Romagnosi abbia carattere di universalità; ne fa applicazione alle acque perchè il regime legale delle medesime formava obbietto dell'opera.

Digitized by Google

naturale è il divieto di agire per emulazione. Dunque il correlativo diritto di opporsi è veramente *dativo,* cioè di ragione sociale inseparabile dalla convivenza » (1).

19. A costo di essere accusati di prolissità, abbiamo riferito tutto il ragionamento del Romagnosi per dimostrare non essere esatta l'affermazione dello Scialoja, cioè che la teorica classica fosse passata di libro in libro senza nessuna critica e senza fondare la propria decisione sopra motivi migliori che non fossero le molte citazioni di autori precedenti. L'abbiamo fatto ancora per fare rilevare che il Romagnosi affermava in maniera esplicita la teoria classica del divieto degli atti emulativi, e non la limitava al regime delle acque. Ed intrattenendoci ancora sopra qualche argomento dello Scialoja, notiamo com'egli sostenga essere impossibile dimostrare la lesione del diritto altrui, perchè è natura degli atti di emulazione il non diminuire il diritto altrui, il non *immittere in alienum,* per dirla alla romana, ma solo il lucro, *quod adhuc faciebat uti prohibere.* Il vicino però non potrà mai reclamare per la lesione di un diritto che egli non ha; altrimenti per portare rimedio ad una pretesa invasione dell'avversario, si verrà ad ammettere una vera e propria invasione del reclamante nei diritti di esso avversario. Dunque non essendovi alcun diritto leso, nessuno potrà avere azione contro chi esercita i suoi diritti anche con fine non retto (2). In questa affermazione non può ravvisarsi se non il concetto dello esagerato esercizio del diritto di proprietà; il quale concetto ripugna ai principi etico-sociali che informar devono il diritto. Tutti gli uomini hanno legittimo interesse che il diritto di ciascuno venga esercitato in maniera armonica col diritto di tutti; e se per un momento tutti gli uomini fossero ispirati dall'incivile pensiero di agire *ad aemulationem,* non sapremmo concepire l'esistenza stessa del civile consorzio. Quando la dottrina classica (fosse pure medioevale) applicava agli atti emulativi la massima romana *malitiis non est indulgendum,* checchè voglia dirsi dei testi

(1) Op. cit. e loc. cit., § 4.
(2) Loc. cit. nel *Foro It.*. 1878.

Digitized by Google

speciali invocati in sostegno della dottrina medesima, era ispirata dal sentimento che animava la filosofia giuridica dei giureconsulti romani, e che non può non informare il concetto odierno del diritto. Dicendosi che l'atto emulativo non violando l'altrui diritto non possa dar luogo ad azione, si cade in una petizione di principio perchè si suppone che nella società civile si possa esercitare il proprio diritto in maniera da privare gli altri uomini dell'uso di tutti quei vantaggi che la Provvidenza prodigò senz'alcun limite e che il potere sociale deve talvolta limitare in vista dell'armonico esercizio di tutti i diritti. D'onde attinge il mio vicino, col pretesto di chiudere il suo fondo, il diritto di elevare capricciosamente un muro così alto da privarmi di aria, di luce, di prospettiva? Se eleverà un edificio farà al certo cosa utile a sè ed alla società, aumentando la ricchezza sociale; se eleverà un muro per sottrarsi agli sguardi indiscreti degli altri, si gioverà del proprio diritto e farà cosa a lui utile. Ma nessuna di tali utilità esistendo, nessun vantaggio recherà a sè medesimo ed a me un pregiudizio (1).

20. Inesatta abbiamo qualificata l'affermazione nel senso che la dottrina classica non abbia dato al divieto degli atti emulativi una base solida, limitandosi, diremmo

(1) La dottrina classica è prevalente tuttavia, quantunque talvolta limitata a speciali atti emulativi L'hanno accolta: TOULLIER, lib. III, tit. IV, n. 1, 9 e lib. II, n. 202 e segg.; PARDESSUS, *Servit.*, n. 60; DURANTON, lib. II, tit. IV, n. 330; ZACHARIAE e MASSÉ e VERGÉ, § 239, nota 3; LAURENT, VII, n. 240; AUBRY e RAU, § 223; LAROMBIÈRE, *Oblig.*, art. 1382 e 1383, n. 11; SOURDAT, n, 409; CHIRONI, *Colpa extr.*. n. 520 *bis*. con mutata opinione (v. n. 520 e 521 della 1ª ediz.); ANCONA, nell'*Arch. Giur.*, LII, pag, 292 e segg.; DE CRESCENZIO, *Sist. del dir. civ. rom.*, I, n. 157; RICCI, *Dir. civ.*. II, n. 386; PACIFICI-MAZZONI, *Serv. leg.*. n. 371 e 382; LOZZI, nella *Temi Ven.*. 1879, 317 e segg.; TRAJNA, *Serv. delle acque*. pag. 140 e segg.; CIMBALI, nell'*Arch. Giur.*. 1880, pag. 151 e segg., ed oltre gli scrittori che nel testo sono citati.

In senso contrario, oltre allo Scialoja: BAUDRY, LACANTINERIE, III, n. 2855; DEMOLOMBE, *Serv.*. n. 66; FERRINI, in Enciclopedia Giur. It., v. *Delitti e q. delitti*. n. 39; FADDA e BENSA, *Nota al Windscheid*. § 121; ATZERI-VACCA, *Sulla dottrina degli atti ad emulaz.*. Cagliari, 1886; BRUGI, *Ist. di diritto civile*. § 26, n. 4; BONFANTI, *Ist. di dir. rom.*. § 98; MORTARA, *Comm.*. II, n. 466. In quanto agli scrittori tedeschi.

Digitized by Google

quasi, all'*ipse dixit*. Basterebbe la sola dissertazione di Samuele Strykio sopra citata in favore della dottrina classica per dimostrare come l'indagine fosse stata discussa talvolta ampiamente, *con molta ampiezza*, secondo lo stesso Scialoja (1). La dottrina predetta venne originariamente svolta dagli scrittori francesi sotto il punto di vista dell'abuso del diritto; il che vorrebbe attribuirsi da taluno a merito di recenti scrittori. « Chi faccia un'opera buona nel suo fondo, scriveva Domat, usa del proprio diritto senza violare nè legge, nè uso, nè titolo, nè possesso, che potessero renderlo soggetto ai suoi vicini, e non è obbligato pel danno che potesse loro recare, tranne che il mutamento fosse stato operato per nuocere agli altri senza utilità propria; in questo caso sarebbevi una malizia che l'equità non potrebbe ammettere » (2). In fondo a questa dottrina ben può ravvisarsi l'abuso del diritto; sul quale punto sono abbastanza espliciti gli scrittori posteriori. Infatti Toullier insegna che in nessuna responsabilità s'incorre « quando si faccia ciò che si abbia diritto di fare, purchè non si eccedano i giusti limiti del proprio diritto e purchè non si vegga chiaramente che tra più modi di esercitare il proprio diritto siasi scelto espressamente, per nuocere ad un altro, quello che potrebbe essergli pregiudizievole (3).

è molto prevalente il numero di coloro che ammettono il divieto degli atti emulativi, come puossi rilevare dalle indicazioni dello Scialoja, n. 14 della monografia inserita nell'Enciclopedia Giur. It., v. *Aemulatio*. Il Codice civile dell'impero germanico ha proclamato il principio del divieto degli atti emulativi nella maniera più categorica. L'esercizio del diritto non è ammesso, *Wen sie nur den Zweck haben kann, einem anderem Schaden zuzufügen* (§ 226).

(1) Monogr. cit., n. 5.

(2) Op. cit., lib. II, tit. VII, sez. 3ª, n. 9.

(3) Conf. LAURENT, VI, n. 140, e XX, n. 410; PROUDHON, n. 1486, 1, 2; SALEILLES, *Obblig.*, pag. 370 e segg.; FILOMUSI GUELFI, *Enciclop. Giur.*, pag. 214 (4ª ediz.). FERRINI (*Delitti e q. delitti*, n. 40 in Dig. It.) fa notare come tanto il Pernice, nella seconda edizione del *Labeo*, quanto il PEROZZI (*Sul divieto degli atti ad aemulationem*, nell'*Arch. Giur.*, LIII, pag. 350 e segg.), abbiano ritenuto che, a differenza del diritto classico, quello giustinianeo abbia accolto il principio che l'abuso doloso del proprio diritto equivalga alla trasgressione del diritto.

Digitized by Google

Sotto il punto di vista dell'*abuso del diritto*, osserva Chironi, nell'atto emulativo si ha il *dolo*, per avere distratto con intenzione il diritto dal fine suo contro la norma generale che è nella funzione sociale del diritto e che perciò s'impone a tutti. « Ora questa norma che fa obbligo di *esercitare il diritto* in modo normale, come cioè la maggior parte lo eserciterebbe nelle condizioni economico-giuridiche in cui l'agente è, induce diritti ed obblighi reciproci tra gli associati; quindi chi si lagni di *abuso del diritto* non oppone la mancanza del diritto nell'agente, ma il mal esercizio del diritto, e chiede non la distruzione del fatto (non avendo egli un diritto opposto), ma il risarcimento » (1).

A questo modo parci che il predetto scrittore respinga il vero concetto dell'abuso del diritto, ammettendo che il diritto continui a sussistere, ad essere esercitato quando si imbatte nell'abuso. E crede che nell'abuso siavi una parte *lecita* ed una parte *illecita*. « Uno dei fattori è lecito, e sta, ed è il fatto riferentesi all'esercizio materiale del diritto proprio (ad es. il proprietario che edifica sul suo terreno), l'altro è l'aver male usato il diritto, e ciò offende il diritto che altri ha non sulla cosa su cui si operi (che allora si avrebbe nell'agente la carenza del diritto), ma che gli viene dalla *norma sociale* intorno l'uso normale che ognuno deve fare del diritto proprio. Ecco la ragione del rapporto di responsabilità: ecco perchè in un atto vi può essere esercizio e mancanza di diritto » (2).

21. A dir vero questa costruzione non si comprende; se havvi esercizio di diritto non può esservi mancanza di diritto, per la contraddizione che nol consente. Che cosa rappresenta l'*esercizio materiale* del diritto quando con tale esercizio si offende la *norma sociale* sull'*uso normale* dell'esercizio del diritto medesimo? L'esercizio materiale non è che il modo col quale la norma sociale è offesa; ma nell'atto emulativo esiste offesa alla norma sociale? Costruendo sulla teorìa dell'*abuso del diritto* si giustifica, dice il Chironi,

(1) *Della colpa extracontr.*, n. 520 *bis* (2ª ediz.).
(2) Op. cit., n. 519 *bis*.

Digitized by Google

il divieto degli atti emulativi (1); ma egli crede che l'obbiezione tratta dalla carenza di lesione di un vero e proprio diritto esista sempre. E mentre riconosce che nell'abuso del diritto havvi violazione della norma generale riguardante la funzione sociale del diritto istesso, crede che il divieto dell'atto emulativo si giustificherebbe nel campo della morale, non in quello del diritto. « Potrà la morale imporre all'agente di curare l'esercizio del proprio diritto in modo da scansare il danno altrui; vietar si facciano atti dannosi ad altri e poco o nulla utili a chi li compie; ma il ragionamento ginridico deve procedere altrimenti; del potere cioè che è nel soggetto del diritto e della garantia che nell'esercitarlo può chiedere alla legge. Imporre al titolare l'obbligo di scegliere tra i modi di esecuzione e di studiare dapprima se la scelta possa aver luogo, a fin di costringerlo poi a rinunciare al modo a lui più vantaggioso per impedire il danno altrui, sarebbe imposizione restrittiva, non compatibile coll'utilità del diritto » (2).

Ma sarà davvero un semplice precetto etico quello che impone di scansare il danno altrui nello esercitare il proprio diritto? Nel civile consorzio dove tutti i diritti debbono essere esercitati in maniera armonica da potere tutti coesistere, sarà giuridicamente lecito che il diritto possa talvolta esercitarsi con niuna utilità propria e col danno degli altri? E quando si fa questione di un esercizio più o meno vantaggioso al titolare del diritto, non si sposta, anzi non si muta addirittura l'ipotesi? Senz'alcun dubbio, perchè l'atto emulativo, come s'intende, non sarebbe di alcuna utilità, di alcun vantaggio al titolare del diritto; che se un qualsiasi vantaggio gli possa derivare, allora l'atto rientra nel legittimo, nel regolare esercizio del diritto, e ben può dirsi allora *qui jure suo utitur neminem laedit.*

Non è la morale soltanto che s'invoca avverso gli atti emulativi; è altresì il diritto, è quella tale funzione sociale del diritto che condanna l'individualismo tirannico nell'esercizio dei diritti.

---

(1) Op. cit., n. 521 *bis.*
(2) Op. cit., n. 520.

Digitized by Google

22. Noi abbiamo discusso la questione sotto il punto di vista dei principii generali del diritto, supponendo che nessun testo di legge positiva suffraghi il divieto degli atti emulativi. Altri ha però dimostrato come argomento validissimo possa desumersi dalle disposizioni del Codice civile relative alle acque (art. 544, 545, 578, 598, 600, 606, 609, 610, 612, 613); e noi non ripeteremo le stringenti argomentazioni del Gianzana (1).

Lo stesso prof. Scialoja, malgrado la critica che ne ha fatto, è costretto a scrivere: « Riepilogando questi ragionamenti, noi sosteniamo che in materia d'acqua gli atti emulativi sono bensì proibiti, non gia nella loro qualità di atti emulativi, ma, cosa del tutto diversa, in forza di uno speciale principio che governa le acque, ed è che le si possono adoperare solamente ad usi vantaggiosi. Onde viene che non solo chi a bella posta non le adopera utilmente, ma anche chi ciò faccia senza animo di nuocere altrui, senza emulazione, deve cederle a chi vuol trarne vantaggio. Il nostro codice porta scritto in materia d'acqua: « concedete agli altri dietro giusta retribuzione ciò che non vi serve. Regola siffatta non si trova scritta per alcun altro oggetto di proprietà » (2). A dir vero non si comprende come il principio applicato dal legislatore possa essere diverso da quello del divieto degli atti emulativi. E se in verun altro luogo del codice si rinvengono disposizioni come quelle riguardanti le acque, ben possiamo a queste disposizioni ricorrere per le regole che il codice stesso stabilisce nell'art. 3 delle disposizioni preliminari (3). E così l'applicheremo alle ipotesi che richiamò la speciale attenzione dei dottori, quella cioè della elevazione

---

(1) *Le acque nel dir. civ. it.*, vol. I, n. 574 e segg.

(2) V. *Enciclop. Giur.*, monogr. cit., n. 18.

(3) La Suprema Corte di Palermo con decis. 24 genn. 1890 (*Foro It.*, 1890, 1, 890), ritenne non potersi trarre argomento dall'art. 590 Cod. civ., perchè questo articolo non esclude i casi possibili di emulazione e quindi ricorre ai principii generali dell'equità naturale ed al principio *quod tibi non prodest et alii nocet prohibetur*. Ricorre anche alle ll. 38 Dig., 6, 1; l. 1, § 12, Dig. 39, 3, ed agli art. 449, 450, 545 e 584 Cod. civ. Fu implicitamente ammesso il divieto degli atti emulativi dalla Corte d'appello di Firenze 12 marzo 1889 (*Ann.*, 1890, 74).

Digitized by Google

di muri a solo fine emulativo, ben riconoscendo che il principio debb'essere applicato con molta prudenza, senz'alcuna esagerazione, che possa menomare il legittimo esercizio del diritto di proprietà.

CAPITOLO II.

IL DELITTO CIVILE

1. Il delitto civile. Teoria odierna che pretende negarlo.
2. Esame critico della teoria del Brunetti.
3. Continua.
4. Continua.
5. Continua.
6. Continua.
7. Continua.
8. Continua.
9. Continua.
10. Continua.
11. Distinzione fatta dagli odierni scrittori tra il delitto civile e quello penale.

1. La dottrina era stata pacifica nell'ammettere il *delitto civile;* ma qualche scrittore è sorto di recente ad affermare che ciò sia un errore. E poichè, per arrivare a tale conclusione, molta discussione è stata fatta sull'indole delle norme che vengono violate da chi commetta fatti illeciti che generano responsabilità giuridica, così il lettore ci permetterà se c'intratteniamo a vagliare gli argomenti addotti per dimostrare la erroneità di una dottrina universalmente accettata, ed a studiare, in tale occasione, la vera natura delle norme sopra menzionate.

2. Si comincia dalla nozione del *fatto illecito,* premessa importantissima, che costituisce, diremmo quasi, il principio protologico di tutto il ragionamento scientifico, e si tenta di arrivare alla conseguenza di distruggere la nozione del *delitto* civile. E siccome non havvi argomento che non siasi fatto valere in un recente libro che *ex-professo* è stato

Digitized by Google

all'uopo scritto, così dal medesimo prendiamo le mosse del nostro trattato.

Secondo il Brunetti, per qualificare un fatto come illecito agli effetti giuridici, non basta riscontrarlo in opposizione alla consuetudine, ai principii generali e filosofici del diritto, alle norme dell'equità naturale; bisogna che sia contrario alla legge, bisogna che urti contro un imperativo esplicitamente o implicitamente contenuto nella legge stessa. E quindi « illecito di fronte al diritto (positivo) equivale esclusivamente ad illecito di fronte alla legge » (1). Ma egli si propone l'obbiezione se la legge sia in realtà l'unica fonte del diritto, ovvero se come fonti debbano considerarsi anche la consuetudine, i principii generali del diritto e le regole dell'equità naturale. E risponde che, secondo lo spirito del diritto pubblico moderno, le sole norme comprese nella legge e non le altre possono essere *imperativi giuridici*, perchè esse soltanto sono l'emanazione del potere coattivamente imperante ed hanno quindi l'impronta dell'autorità insieme al carattere pur necessario della certezza. « Perciò le altre regole nella legge non comprese potranno essere, *in un certo senso*, fonti del diritto, ma non nel senso che possano contenere imperativi giuridici non contenuti nella legge, non nel senso che un fatto, perchè contrario ad esse, sebbene non contrario alla legge, si possa dire illecito agli effetti giuridici, e particolarmente all'effetto della responsabilità pel danno derivatone » (2).

Tale concetto, secondo l'egregio scrittore, sarebbe in armonia non solo con la maggior parte delle legislazioni vigenti, ma particolarmente colla legislazione italiana; ed egli cerca d'illustrarlo e di spiegare in qual senso i principii attinti fuori della legge possano dirsi fonti del diritto.

Quei principii hanno talvolta una *funzione interpretativa;* altre volte e più raramente una *funzione suppletiva*. Nel primo caso, l'imperativo giuridico esiste nella legge, e trattasi di determinarne la vera portata, le condizioni dell'applicabilità; ma l'imperativo esiste nella legge, ed il fatto illecito

(1) *Il delitto civile*. Firenze, 1906, cap. IV, § 47.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

contrario a quell'imperativo è illecito anche di fronte alla legge. Ma, quando si verifica la funzione suppletiva di quei principii? L'autore respinge tutti i concetti fin oggi espressi sulla *lacuna* legislativa, la quale è ben diversa dal caso di dovere spiegare la vera portata della legge, di mostrarne la *vis ac potestas*. « Avviene (la lacuna) quando si presenta un caso pratico, rispetto al quale la disposizione della legge esiste, ma non è possibile applicarla senza sottintendere in essa qualche cosa, *ossia considerare come se vi fosse scritto ciò che scritto non v'è*. Nella legge vi ha una *lacuna* per la quale non è possibile applicare la legge stessa al caso concreto, mentre d'altra parte risulta la necessità di applicarla. Quindi per decidere che cosa debbasi sottintendere all'effetto di *colmare* la *lacuna*, si cerca nella stessa legge l'analogia, oppure, se questa non esiste, si ricorre ad alcuno di quei principii dei quali ora parliamo » (1).

Ebbene, accettando anche questo concetto della lacuna e riconoscendo nella funzione dell'analogia quella di colmare la lacuna e l'altra di giovare all'interpretazione della legge, come con ragione vuole il Brunetti (2), esiste o no il comando? Manca o no la disposizione della legge? La risposta dell'egregio scrittore nulla risolve quand'egli dice che se mancasse la norma, non la si potrebbe creare senza appropriarsi indebitamente la funzione di legislatore. Ma allora si suppone esistente ciò che non può esistere, cioè la *lacuna*. Che importa che ci sia una legge se bisogna considerare *come ivi scritto ciò che scritto non v'è?* Da una parte abbiamo un concetto esatto della *lacuna*, ma dall'altra il concetto è addirittura distrutto. « Colui che chiamato ad interpretare ed applicare la legge trova *non esistere* in essa una disposizione che debba applicarsi al caso, mentre questa disposizione, sarebbe bene ci fosse, non può dirsi di essere in presenza di una *lacuna*, che sia ufficio suo di colmare, ma bensì di un difetto della legge da additarsi al potere legislativo affinchè vi rimedii; essendochè

(1) Loc. cit., § 48.
(2) V. loc. cit., nota 4.

Digitized by Google

non appartenga al giudice la facoltà di correggere i difetti della legislazione. Perchè vi sia la lacuna, bisogna anzi, ripetiamo, che esista la legge da doversi applicare al caso, e solamente non sia possibile l'applicazione senza sottintendere qualche cosa nella legge medesima. Anche qui dunque l'imperativo giuridico che si applica al caso appartiene sempre alla legge, e per conseguenza il fatto, eventualmente riconosciuto illecito di fronte a quell'imperativo, è illecito di fronte alla legge » (1).

Certo, ogni lacuna rappresenta un *difetto* nella legge, ed il giudice che deve risolvere la controversia non può rinviare le parti al legislatore, facendosi scrupolo di dovere altrimenti usurpare la funzione; ma, d'altra parte, che importa che la legge *esista* se non la si possa applicare al caso *senza sottintendere qualche cosa nella legge medesima?* Che cosa si sottintende ed in applicazione di quale principio? E come l'imperativo giuridico *appartiene sempre* alla legge, se questa sarebbe muta senza ciò che in essa non esiste ma deve rimanere sottinteso? Senza dubbio, nell'interpretare, presa la parola in *più largo senso*, rientra anche il *sottintendere*, e chi interpreta si trova costretto a *colmare* la *lacuna*. D'accordo coll'autore su ciò; ma quando l'interprete è costretto di considerare *come scritto nella legge ciò che non v'è*, l'imperativo giuridico non può trovarsi nella legge stessa, ma in altra fonte, cioè in quella fonte alla quale attinse l'interprete. Ed il Brunetti riconosce tale verità; « insomma, egli conchiude, sotto un aspetto o sotto un altro, i principii di cui parliamo possono, in senso più o meno proprio, chiamarsi fonti del diritto, ma non mai nel senso che un fatto possa dirsi giuridicamente illecito, in quanto, senza violare la legge, violi un imperativo in esso contenuto » (2). Ed allora bisogna tutto spiegare in grazia di finzione. Ad una realtà, cioè ad una *lacuna esistente*, opponiamo la finzione di considerare come se la lacuna non vi fosse; e, dopo averla colmata ricorrendo ad una fonte che è fuori della legge stessa, *fingiamo* che a tale fonte

(1) Loc. cit.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

non si sia ricorso, e *fingiamo* infine che un dato fatto sia illecito non perchè contrario a quel principio, a quella fonte alla quale si è ricorsi, ma ad una legge che l'imperativo non conteneva. In altri termini, l'imperativo si rinverrebbe, in conclusione, nella *lacuna*.

3. Ed ora, occupiamoci dell'applicazione dei *principii generali di diritto*. « In qualunque parte si attingano questi principii, dice il Brunetti, la invocazione di essi per risolvere i casi concreti non può mai avere per effetto di far dichiarare illecita giuridicamente un'azione che tale non sia di fronte alla legge » (1). Anche uscendo dalla legge scritta per entrare nel campo del diritto naturale o filosofico, tali principii non possono mai, indipendentemente dalla legge, determinare in un fatto la qualità giuridica d'*illecito*. E così pel richiamo che il patrio legislatore fa nell'articolo 3 delle disposizioni preliminari del Codice civile ai principii generali di diritto. Non può mai avvenire, secondo il citato autore, per effetto della menzionata disposizione, di qualificare come illecito *giuridicamente* un fatto pel motivo che esso urti, *in modo diretto e indipendente dalla legge scritta*, contro un asserto principio generale di diritto. Ed eccone le ragioni.

L'articolo predetto parla di dubbio sul modo di decidere una controversia; ma il dubbio non ha luogo quando manca affatto la disposizione della legge. E perchè? « Perchè allora il caso, lungi dall'essere dubbio, è anzi regolato in forma certa, quantunque negativa, dalla legge, regolato nel senso della libertà. Non è *dubbio*, ma *certo* il carattere giuridico del fatto umano, quando manca una qualunque disposizione di legge, che, esplicitamente o implicitamente, lo comandi o lo vieti; quel fatto allora non è, dal punto di vista giuridico, nè doveroso, nè illecito, ma è semplicemente libero » (2). Dunque, poteva fare a meno il legislatore dal dettare quella regola. Invece avrebbe potuto dire:

(1) Op. cit., § 50.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

nel dubbio, il fatto è *indifferente*, perchè tali sono le azioni umane nè doverose nè illecite!

Ma se le lacune *possono* esistere e *debbono* essere colmate; se talvolta è necessario considerare come scritto nella legge ciò che scritto non v'è, per ciò stesso il dubbio esiste. Che significa, di fronte al dubbio, allegare che il fatto sia *libero* e regolato dalla legge nel senso della libertà? Questo concetto non risponde nè al fine della interpretazione, nè a quella funzione *suppletiva*, necessaria a colmare la lacuna. Se i giudici dovessero attenersi a quell'insegnamento, nessun vantaggio potrebbero ritrarne nell'amministrazione della giustizia. Ogni controversia che non potesse risolversi nè con un testo di legge, nè coll'analogia, non potrebbe risolversi che in un solo modo: dichiarando che il fatto sia libero, cioè nè doveroso, nè illecito. E veramente i giudici avrebbero da ringraziare il legislatore per una norma così eccellente che avrebbe loro imposto per l'interpretazione della legge!

Il dubbio contemplato nell'art. 3 disp. prel., soggiunge il Brunetti, ha luogo invece quando la disposizione della legge sia oscura (interpretazione in senso stretto), e quando non si possa applicare senza sottintendere qualche cosa (lacuna, interpretazione in senso lato). E sta bene, ed anche noi riconosciamo (e chi potrebbe dubitarne?) che quell'articolo richiami i principii generali di diritto in servizio della interpretazione ed applicazione della legge positiva; ma da ciò come argomentare che non li richiami *per attribuire loro d'un colpo la forza di legge positiva?* E « se è legittima, in ordine al detto articolo, l'invocazione d'un principio generale di diritto quando si fa per *interpretare* ed *applicare* una legge positiva, per vedere, se di fronte ad essa è lecito o no un fatto determinato », come « sarebbe tale invocazione illegittima se si facesse all'effetto di dichiarare illecito un determinato fatto unicamente perchè esso trovasi in urto con un principio generale di diritto? » (1). A dir vero non arriviamo a comprendere questa distinzione!

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

4. In parecchie disposizioni del Codice civile è fatto richiamo generico alle norme di morale e di buon costume; esempio ne porgono gli articoli 849, 1065, 1119, 1122, 1160. È da disapprovare il sistema del richiamo generico alle norme sudette?

Brunetti ritiene che la disapprovazione non sia *seriamente sostenibile*, ed osserva che scrittori come Ravit ed Hasenhörl, che hanno sostenuta una dottrina diversa, sono rimasti isolati (1).

Ma il richiamo generico alle norme morali porterebbe, secondo il Brunetti, alla confusione tra la morale ed il diritto. Egli accetta la distinzione del Lotmar e d'altri scrittori tra la funzione negativa e la funzione positiva della morale di fronte al diritto. Quando il diritto nega la propria sanzione ad una disposizione dell'uomo contraria alla norma morale, adibisce la morale ad una funzione meramente negativa, come nel caso del contratto immorale; quando invece una norma che prima era soltanto morale ottiene la sanzione della legge e diviene giuridica, si ha la funzione o influenza positiva della morale in rapporto al diritto (2).

La predetta distinzione non ha alcun valore nè dottrinale, nè pratico; anzi aggiungiamo che non possa venire accolta.

Che cosa abbiamo nel *contratto immorale?* Chi lo stipula, dice il Brunetti, non commette un *fatto illecito giuridicamente*, ma soltanto pone in essere un fatto *giuridicamente inefficace.* Ma chi non vede come l'inefficacia attribuita al contratto immorale è appunto conseguenza dell'essere il fatto stesso dichiarato *giuridicamente illecito?*

Riscontriamo gli esempi addotti dallo stesso scrittore.

È immorale vivere in concubinato, ed è immorale e quindi nullo il contratto col quale una donna si obblighi ad una simile prestazione. Se ciò è vero, come mai può dirsi che « il vivere in concubinato non costituisca un *fatto illecito* di fronte al diritto, e la donna con lo stipulare un contratto di quel genere non commetta un fatto illecito *giuridica-*

(1) Op. cit., § 57.
(2) Op. cit., § 66.

Digitized by Google

mente, come non lo commette nessuno col dare spontanea esecuzione al contratto medesimo? (1).

Anzitutto, come può affermarsi che il vivere in concubinato non costituisca un fatto illecito di fronte al diritto? L'affermazione è troppo ardita e mal risponde al trattamento giuridico che la legge positiva fa al concubinato. Parecchi atti della vita civile dell'uomo non possono da un testo di legge essere dichiarati illeciti sino a quando chi li commette non intenda trarne conseguenze giuridiche in proprio vantaggio; tal è il concubinato, secondo il nostro diritto. Quali diritti possono vantare l'uomo e la donna da siffatta relazione? Nessuno; soltanto la prole innocente è protetta in date condizioni. Se il fatto fosse lecito, perchè non sarebbe protetto dalla legge? Certo, il legislatore non può fare una dichiarazione nel senso che, vivendo in concubinato, si commetta un fatto illecito; questa dichiarazione non sarebbe nè necessaria, nè opportuna. Ma quando nessuna relazione giuridica fa derivare dal concubinato rispetto a coloro che in tale stato siano vissuti, ciò basta per argomentare che non lo ritenga un fatto lecito!

Ma, astraendo per un momento dalle predette considerazioni, sentiamo in qual senso, secondo il Brunetti, si potrà dire illecito il *patto immorale*, consentito dalla donna per vivere in concubinato. « Si potrà dire illecito come *fatto*, dal punto di vista *morale*, illecito come *patto* dal punto di vista giuridico, nel senso che la legge non gli concede *efficacia giuridica*, ma non illecito come *fatto* dal punto di vista *giuridico* » (2). Ed ecco una sottigliezza, pur troppo scolastica, tra patto illecito giuridicamente e fatto illecito giuridicamente. Qui non è il *fatto* che si vuole colpire, ma il *patto;* però si colpisce questo perchè quello è giuridicamente illecito. Come mai si potrebbe dichiarare illecito il patto del concubinato se questo fosse lecito? Il contratto è giuridicamente illecito perchè l'accordo versa sopra un obbietto immorale; obbietto è il concubinato, e la causa s'immedesima coll'obbietto del contratto.

---

(1) Op. cit., § 65.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

Una grave confusione fa il Brunetti su ciò che riferiscesi alla inefficacia giuridica delle condizioni *immorali*. L'apporre una condizione immorale ad un negozio giuridico, egli dice, mentre costituisce un fatto illecito moralmente, non costituirà un fatto illecito giuridicamente, quantunque la condizione istessa si dica illecita anche giuridicamente, nel senso della nullità, sia che questa nullità debba essere limitata alla condizione (testamenti) o estesa all'intiero negozio giuridico » (1). Qui si confondono cose ben distinte. La condizione non si dice giuridicamente illecita perchè colpita da nullità; viceversa, è nulla perchè ritenuta giuridicamente illecita. Ciò è di tale evidenza che non abbisogna di veruna dimostrazione.

Il Brunetti spinge sino all'estremo la sua dottrina, preoccupato com'è di rimuovere l'obbiezione che il richiamo alle norme morali fatto dalla legge positiva faccia confondere il diritto colla morale. Il richiamo è fatto « non per dichiarare illecito giuridicamente ciò che è illecito moralmente, non per dare una generale sanzione giuridica alle norme morali richiamate, ossia per attribuire ad esse, in blocco, carattere di norme giuridiche, non insomma per confondere il diritto colla morale » (2).

La preoccupazione non è giustificata perchè quel richiamo alle norme etiche non autorizza a ritenere giuridicamente illecito ciò che è moralmente illecito; e quando il legislatore sanziona la nullità perchè il fatto è illecito, uopo è riconoscere che in tal caso la legge positiva vieta quel che è vietato dalla morale. Allora è ozioso il preoccuparsi a che titolo venga fatto omaggio alla norma morale e « se il diritto abdichi a favore di essa la propria funzione, elevando a norma giuridica la norma morale » (3). Quando il diritto obbedisce alle norme morali a nulla abdica. Vi sarebbero forse diritti immorali? *Jus datum sceleri?* La morale circonvolge il diritto; non è questione d'*infiltramento*, ma di carattere essenziale che informar deve qualsiasi diritto Tale è

(1) Loc. cit.
(2) Loc. cit.
(3) Loc. cit.

Digitized by Google

l'elemento etico, senza che da ciò derivi doversi comandare o vietare dal diritto tutto ciò che è comandato o vietato dalla morale, senza che derivi nemmeno l'abdicazione della funzione giuridica. Ma quando il legislatore ci rimanda alle norme morali, alle regole del buon costume (espressione di latissimo senso) non possiamo che attingere alla morale stessa i criterii, perchè fin oggi il legislatore nessun codice di morale ha dettato, nessun codice di buon costume. Diremo che applicare tali norme sia una funzione giuridica? Intendiamoci su questo punto. È funzione giuridica in quanto il richiamo è fatto dalla legge positiva, per disposizione del legislatore; ma è una norma morale che si applica, e nè il legislatore, nè il giudice abdicano alle rispettive loro funzioni applicando la norma morale.

Ed ora domandiamo: perchè il diritto « negando la propria sanzione ad una disposizione dell'uomo contraria alla norma morale, adibisce la morale ad una funzione meramente negativa? » (1). Questa distinzione, per quanto fatta da illustri scrittori, non ha senso. Per effetto della funzione negativa, direbbe il Brunetti, non si attribuisce carattere giuridico a nessuna norma morale, non ha luogo nessuna penetrazione o infiltrazione del contenuto della morale nel contenuto del diritto » (2). L'affermazione nulla ha di vero, e lo abbiamo già detto. Ogni disposizione di legge che dichiara la nullità del negozio giuridico o della condizione contraria al buon costume non implica, come vorrebbesi, funzione negativa della morale. Da che argomenterebbesi la funzione positiva o negativa? Dal verificarsi o dal non verificarsi infiltrazione del contenuto della morale nel contenuto del diritto? Ma se è la norma morale che si applica a che occuparci di quell'infiltramento? Se è la norma di buon costume che debb'essere dal giudice applicata, a che preoccuparci dell'influenza di tale norma sul diritto? È tutto un elemento etico che prevale e compenetra la funzione giuridica — e, ciò malgrado, il diritto non si confonderà colla morale, perchè l'elemento etico è sol prevalente in quanto

(1) Op. cit., § 66.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

l'abbia voluto il legislatore — e del resto non poteva volere altrimenti.

La distinzione adunque, lo ripetiamo, non ha senso. Si parla di una funzione positiva della norma morale quando il legislatore le abbia attribuito carattere giuridico; ma allora non abbiamo il richiamo alla norma morale; abbiamo il precetto giuridico che non può essere sfornito dell'elemento etico, ed ogni distinzione, nel senso sopra menzionato, è priva di senso.

5. Occupiamoci ora della distinzione tra le leggi che proibiscono determinati fatti e quelle che ne escludono gli effetti giuridici. « Se il legislatore vieta il fatto, si ha la legge proibitiva, e il fatto a cui essa si riferisce deve qualificarsi illecito giuridicamente. Ma se invece il legislatore esclude unicamente le conseguenze giuridiche del fatto, si ha la legge negativa, e il fatto a cui essa si riferisce può qualificarsi soltanto come giuridicamente inefficace (o magari inesistente) » (1). Esempio. La bigamia costituisce un fatto illecito, mentre il secondo matrimonio è nullo. Invece il matrimonio contratto dalla vedova prima di dieci mesi dallo scioglimento o dall'annullamento del matrimonio precedente è un *fatto illecito* che non è *giuridicamente inefficace* (2).

Ma quando il secondo matrimonio è dichiarato nullo, questa sanzione è dichiarata per la *illiceità* del fatto. Se non che la sanzione non è sempre la stessa, ed il non essere il fatto illecito dichiarato giuridicamente inefficace non muta l'indole del fatto stesso. Il matrimonio contratto dalla vedova in onta alla disposizione della legge è sempre un *fatto* illecito, ed al quale il legislatore non applica il rigore di annullarlo, ma pel quale stabilisce altre sanzioni.

E lo stesso Brunetti conviene che un fatto dichiarato illecito dalla legge è spesso dichiarato anche giuridicamente inefficace, ma non sempre (3). Ora, bisogna riconoscere che

(1) Op. cit., § 60.
(2) Loc. cit. V. gli scrittori ivi citati.
(3) Loc. cit.

Digitized by Google

il fatto può essere illecito, sia che un'espressa disposizione di legge lo *vieti* ritenendolo giuridicamente illecito, sia che ne escluda le conseguenze giuridiche — ed ogni distinzione, sotto questo punto di vista, è di nessuna utilità. Piuttosto è ragionevole il ritenere che non ogni *invalidità* colla quale la legge colpisce taluni atti sia da attribuirsi alla *illiceità* dei medesimi. Ed il Brunetti segue con ragione questa distinzione, la quale è di grave momento e suole dar luogo nella pratica a non poche controversie; ma anche su quest'altra distinzione occorre intrattenerci alquauto.

Talvolta la legge non riconosce l'esistenza di qualche negozio giuridico se non vengono osservate le forme da essa stabilite. Lecito per quanto si voglia il negozio giuridico, o è ritenuto inesistente, ovvero, anche esistendo, non è valido. Ma questa indipendenza dell'elemento etico ha luogo soltanto per ciò che si riferisce alle *forme*, ed alle forme soltanto, in maniera che ogni legge proibitiva ha necessariamente un contenuto etico, e non è lecito il trasgredirla.

Consideriamo per un momento gli esempi addotti dal Brunotti. Chi stipula un contratto di alienazione d'immobili senza la scrittura, chi faccia un testamento olografo senza data, pone in essere *atti nulli*, ma non commette *fatti illeciti*. Sarà lo stesso dell'apposizione di un termine all'istituzione di erede? Anche in questo caso, secondo il citato scrittore, non abbiamo il fatto illecito (1). Ma noi ci permettiamo di dissentire.

Ragioni ben gravi hanno indotto il legislatore a proibire la istituzione di erede *ex certo tempore aut ad certum tempus;* e non è lecito ai privati agire in onta ad una disposizione proibitiva, com'è quella dell'art. 851 del Cod. civile. Perchè non sarebbe il fatto illecito? Perchè in questo e simili casi, risponde il Brunetti, « non è che il legislatore non voglia il fatto della dichiarazione di volontà (principale o accessoria). Cotesto fatto per lui è del tutto indifferente; ciò che il legislatore vuole escludere è invece e soltanto l'effetto giuridico della dichiarazione di volontà », Ma ciò può dirsi

(1) Op. cit., § 60.

Digitized by Google

per tutte le violazioni di leggi, di qualsiasi specie esse siano; il legislatore, nel campo dei privati interessi, non può che limitarsi a negare effetto giuridico alla dichiarazione di volontà. Però è un errore il ritenere che il fatto della dichiarazione di volontà sia per lui indifferente; è appunto tal fatto che viene colpito, e viene colpito perchè *illecito;* altrimenti si avrebbe un effetto senza causa, il che di certo non può ammettersi.

È, ovvero no, illecito il patto commissorio? Nessuno oserebbe dire, così il Brunetti, che quei contraenti i quali pattuirono l'appropriazione del pegno da parte del creditore in caso di mancato pagamento, siano, soltanto per questa pattuizione, da considerarsi autori e responsabili di un fatto illecito (1). Ebbene, perchè a questo fatto è negata l'efficacia giuridica? Perchè il legislatore lo considera come illecito, cioè considera illecita una dichiarazione di volontà, un accordo in *idem placitum* tendente, a che il creditore si approprii il pegno in difetto di pagamento. E così degli altri esempi addotti dal Brunetti, cioè l'anticipata rinunzia alla prescrizione, l'indivisione per più di dieci anni, il riscatto convenzionale eccedente i cinque anni. Come mai può affermarsi che in tutti questi casi non si abbia un fatto illecito giuridicamente, nè vero e proprio divieto, nè vera e propria legge proibitiva? (2). Il concetto della legge proibitiva è addiritura frainteso dall' egregio scrittore quando egli lo determina a questo modo: « E solamente intenderne il divieto o la proibizione in un senso diverso da quello che hanno quando si applicano al concetto di *norma* (della condotta umana) si può concedere di qualificare come leggi proibitive le leggi concernenti quei patti: proibitive dunque non nel senso che vietino il fatto della convenzione, ma che impediscano di considerare la convenzione stessa come avente efficacia giuridica, ossia non permettono di considerarla come *valida* convenzione » (2). Ma, a questo modo, non avremmo altre leggi proibitive

(1) Op. cit., § 61.
(2) Loc. cit.
(3) Op. cit., § 61.

Digitized by Google

all'infuori di quelle penali, le quali *vietano* il fatto delittuoso e colpiscono coloro che l'abbiano commesso. Nel campo del diritto privato, quando il legislatore toglie efficacia giuridica ad una convenzione per motivi d'ordine etico, è, nè più nè meno, come se vietasse la convenzione medesima. Non dice che la vieta perchè non tende alla consumazione di un reato, ma toglie l'efficacia giuridica perchè il fatto è illecito. Sarebbe illecito il patto e non il fatto, al dire del Brunetti? Ma il patto è la convenzione stessa.

Per usare le parole nel loro significato proprio, continua lo stesso scrittore, si dovrebbe dire: « la legge non ammette che validamente si stipuli p. e. la rinunzia anticipata alla prescrizione. Meno propriamente si dice che la legge *non lo permetta*. Meno propriamente ancora si dice che la legge *vieta* quel patto. Perciò il patto stesso, che propriamente sarebbe *non ammesso come valido* dalla legge, meno propriamente *è non permesso*, meno propriamente ancora è *patto illecito* » (1).

Meno male se non si trattasse d'altro che di sottigliezze! Si tratta invece di reputare *patti leciti* quelli stipulati in onta alle leggi proibitive, e di ritenere che, ciò facendo, la volontà del legislatore sia rispettata! E questa non è una conseguenza che desumiamo noi, ma un'affermazione dello stesso scrittore, il quale insiste nel ritenere che « la sostanza della legge proibitiva non consiste nel *vietare il fatto* della stipulazione, ma bensì nell'escludere le conseguenze giuridiche di essa. » E soggiunge: « Se a me piace d'introdurre in un contratto la rinunzia anticipata alla prescrizione o il patto di riscatto oltrequinquennale, la volontà del legislatore non è perciò offesa, come non è offesa da qualunque altro fatto *indifferente*, da qualunque altra *inutile stipulazione;* essa resterebbe offesa solamente quando, sulla base del patto, il giudice respingesse l'eccezione di prescrizione o ammettesse la facoltà del riscatto dopo passato il quinquennio » (2).

---

(1) Loc. cit.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

Questo ragionamento è specioso, e con esso, lo ripetiamo, altre leggi proibitive non vi sarebbero che quelle penali, le quali colpiscono il fatto illecito appena consumato. Nel campo del diritto privato ciò non può avverarsi; il negozio giuridico allora soltanto viene colpito dalla legge quando l'uno dei contraenti intenda farlo valere, e a tal uopo domandi l'ausilio del giudice. Ma chi non vede come la pretesa quandochessia manifestata debba necessariamente retroagire al momento in cui il negozio giuridico abbia avuto la sua esistenza? Chi non vede come quello sia stato precisamente in cui la volontà del legislatore sia stata offesa? Dire che in quel momento i contraenti abbiano dato luogo ad una *inutile stipulazione*, è dire cosa esatta, ma non che abbiano dato luogo ad un'azione *indifferente*, non essendo conforme a ragione affermare che, violando una legge proibitiva, si commette un'azione indifferente; e la legge si viola appunto nel momento in cui si contrae in onta alla medesima; si viola quando sorge il *patto* da essa proibito, e per ciò stesso è un patto illecito. Fra il lecito e l'illecito non c'è mezzo ragionevole.

6. La dimostrazione del nostro assunto è ribadita dall'esempio che adduce lo stesso Brunetti per dimostrare che *talvolta* possono esservi convenzioni che costituiscono fatti illeciti nel vero e proprio significato della parola. Si prenda ad esempio un patto di associazione a delinquere e si paragoni col patto di rimanere in comunione per più di dieci anni. « In entrambi si ha quello che comunemente dicesi un *patto illecito;* ma quale divario fra l'uno e l'altro di fronte alla volontà del legislatore! Il secondo è, come fatto, *indifferente;* riguardo al voto del legislatore e pienamente adempiuto quando non si ammette che ne sorga la *giuridica obbligazione* di rimanere indivisi per più di dieci anni. Invece, riguardo al primo, non basta negargli efficacia giuridica per soddisfare il voto del legislatore, ma bisogna ritenersi dal porlo in essere, perchè il solo fatto di stringere un patto di quel genere rappresenta nel concetto del legislatore un turbamento ed un pericolo immediato per l'ordine pubblico, e perciò un fatto meritevole, in sè stesso,

Digitized by Google

di essere vietato. Questo, a differenza di quello, è proprio *illecito* come fatto, è un vero *delitto* » (1).

Ebbene, che cosa abbiamo di diverso nell'una e nell'altra convenzione? Soltanto il momento in cui il patto illecito viene ad essere colpito dalla sanzione legale. Nel patto a delinquere, il pericolo del danno sociale esiste sin dal momento dell'accordo, il quale può essere eseguito in qualsiasi momento, ed è ragionevole quindi che sin dal momento dell'accordo venga applicata la sanzione della legge penale. Invece, nel patto di rimanere in comunione per più di dieci anni, le conseguenze del patto illecito non si verificano immediatamente; ma la legge fu violata quando ebbe luogo il patto; e se elasso quel termine si voglia far valere, l'eccezione dell'avversario è fondata sulla illiceità del patto. Il giudice dovrà dichiararlo illecito, dovrà dichiarare che la legge proibitiva sia stata violata quando l'accordo ebbe luogo. Che si direbbe se dichiarasse non essere stato illecito il patto, ma tale essere diventato sol perchè se ne domandasse l'esecuzione?

Nè è da addursi l'esempio delle condizioni illecite apposte negli atti di ultima volontà, e che la legge considera come giuridicamente inesistenti. Anche rispetto a tali condizioni il testatore ha violato la legge, e per una speciale considerazione il legislatore gli è indulgente. Sarebbe forse violata la legge quando si voglia mandare ad esecuzione il testamento?

Il Codice civile ci richiama talvolta ai principii dell'equità naturale in occasione di determinare speciali rapporti giuridici. In tali casi il fatto sarà illecito di fronte ai principii dell'equità o al diritto positivo?

Brunetti cita l'articolo 1126 del Codice civile, il quale articolo dichiara che i contratti obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze, che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano. Con questo articolo, egli dice, non si attribuisce *forza obbligatoria* diretta alle regole dell'equità, perchè si parla sempre di *obblighi che sono conseguenza delle disposizioni contrattuali;* solamente

(1) Op. cit., § 61.

Digitized by Google

si dice che nel misurare la vera portata di queste, devesi tener conto eziandio dei principii di equità (1).

Senza dubbio, l'articolo 1124 (fr. 1134 e 1135) è collocato sotto la rubrica *degli effetti dei contratti*, e si applica appunto quando si tratta di determinare le conseguenze delle disposizioni contrattuali, cioè a dire se una data convenzione, nel silenzio della legge, debb'essere produttiva di tale e tal altra conseguenza. Diciamo nel silenzio della legge, perchè quando una data conseguenza sia stata dalle parti preveduta, non occorre riferirsi nè all'equità, nè all'uso. Senza dubbio i principii dell'equità e le regole dell'uso vengono applicati all'occasione della interpretazione del contratto, come i principii generali di diritto vengono applicati all'occasione della interpretazione della legge; ma che significa ciò? Quel che si applica è sempre il principio, la regola. Non havvi alcuna specie di obbligazioni, dice Bigot-Préameneu, sia di dare, sia di fare o di non fare, che non riposi su queste regole fondamentali; a queste regole si ricorre per interpretarle, per eseguirle, per determinarne tutti gli effetti (2). Or, se il giudice applicar deve un principio di equità, senza alcun dubbio a tale principio deve attribuire *forza obbligatoria*. Altro esempio. L'articolo 1652 stabilisce che la masseria può essere sciolta qualora vi siano giusti motivi, dei quali se ne menziona qualcuno, e poi si dice che l'apprezzamento dei medesimi è lasciato alla prudenza ed all'equità dell'autorità giudiziaria. Si dice che è sempre la legge contrattuale che domina e che l'equità *è un semplice mezzo d'interpretarla ed applicarla* (3). La risposta non può essere che la medesima; il principio di equità è applicato per bene applicare la legge contrattuale, ma non può rinvenirsi in tale legge.

7. Ed eccoci alla consuetudine, all'uso. Limitiamoci ai richiami che la legge vi fa in materia contrattuale, come nell'articolo 1124 del Codice civile.

---

(1) Op. cit., § 73.
(2) Esp. dei mot., sed. 7 piov., XI.
(3) Op. cit., § 73.

Digitized by Google

« Un modo di agire non conforme a quanto stabilisce l'uso, scrive il Brunetti, non sarà mai un fatto contrario ad un imperativo giuridico per sè stante, un fatto illecito (extracontrattuale), ma costituirà soltanto un *inadempimento* d'obbligazione contrattuale » (1). Ma che c'entra il fatto illecito extracontrattuale? Qui discutesi soltanto della forza giuridica dell'uso, della consuetudine, se possano costituire un imperativo giuridico per sè stante, e non bisogna deviare dall'assunto. Ebbene, un solo esempio gioverà a dimostrare che quell'imperativo sia attribuito dalla stessa legge positiva alla consuetudine, all'uso. L'articolo 1609 del Codice civile dichiara che se la locazione di una casa sia stata fatta senza determinazione di tempo, non possa alcuna delle parti contraenti dare la licenza all'altra senza osservare i termini stabiliti dalla *consuetudine dei luoghi.* L'articolo 1654 dice: in tutto ciò che non è regolato dalle disposizioni precedenti o da convenzioni espresse, si osservano nel contratto di masseria le consuetudini locali; in mancanza di consuetudini o di convenzioni espresse, hanno luogo le regole seguenti (art. 1655 e segg.). Dunque la consuetudine supplisce alla convenzione ed alla legge, supplisce a tutto ciò che non è *regolato;* il che vuol dire che anch'essa è una *regola*, un *imperativo giuridico.*

Si è voluto dallo stesso scrittore negare il carattere di imperativo giuridico agli usi mercantili, che, in difetto di leggi commerciali debbono essere osservate, secondo prescrive l'art. 1 del Codice di commercio. Però gli scrittori citati dal Brunetti (2) riconoscono che la consuetudine debba avere, in diritto commerciale, la stessa efficacia che in diritto civile. E noi vi consentiamo, ritenendo che abbia altresì in materia commerciale la efficacia di norma giuridica.

La norma giuridica, secondo il Brunetti, richiede per *natura sua* la sanzione penale, e per soddisfare a questa che egli chiama *esigenza logica,* è necessaria la commina-

(1) Op. cit., § 78.
(2) Op. cit., § 79.

Digitized by Google

zione della pena contro la violazione *dolosa* della norma giuridica (1). Trova che nè il Codice civile germanico, nè quello francese, nè il nostro abbiano compreso tra i fatti illeciti gl'inadempimenti delle obbligazioni; il che, secondo il nostro autore, è contradditorio, perchè se il fatto è *antigiuridico* deve considerarsi anche come *illecito*, ed infatti tale lo considerano Laurent, Giorgi, Liszt (2). Ma egli vuole anche accettare la teoria che esclude dai fatti illeciti l'inadempimento di obbligazione, e cerca di evitare la contraddizione affermando che tale inadempimento, mentre non si tratta come fatto illecito, non debba nemmeno considerarsi come un fatto *antigiuridico*, ossia contrario ad una norma giuridica. E l'autore si accinge a fare la *dimostrazione di una novità che può sembrare ardita.*

Che significa avere diritto ad una prestazione, avere diritto a che il debitore faccia o non faccia o dia una data cosa? Ordinariamente s'intende che il debitore abbia il *dovere giuridico* di eseguire la prestazione; una norma giuridica o imperativo giuridico glielo comanda, gl'impone quel determinato modo di agire che comprende l'esecuzione della prestazione medesima. Ma nulla di tutto questo; « il creditore non ha diritto alla prestazione nel senso che il debitore abbia il *dovere giuridico*, ossia il dovere imposto da una *norma giuridica*, di eseguire la prestazione, di spiegare in questo modo la propria attività » (3). E qui è costretto d'ingolfarsi nell'astrusa discussione fatta da taluni scrittori tedeschi, i quali sostengono che il diritto alla prestazione non sia elemento essenziale dell'obbligazione. Però, il Brunetti vuol premettere la dottrina propria per vedere fin dove coincida con la dottrina di quegli scrittori; e siccome tale dottrina è preordinata alla dimostrazione dell'altra, cioè della punibilità del fatto doloso e quindi della esclusione del delitto civile, così siamo costretti ad occuparcene, e ne domandiamo venia al lettore.

---

(1) Op. cit., § 145.
(2) Op. cit., § 175.
(3) Op. cit., § 176.

Digitized by Google

8. In che consiste il diritto del creditore?

« Il creditore, scrive il Brunetti (promettendo di tenersi il più possibile *lontano dalle astrazioni*), ha diritto, non già che il debitore eseguisca una determinata prestazione. ma sibbene di *soddisfarsi sui beni del debitore*, se questi non eseguisca una determinata prestazione. E colla espressione *soddisfarsi sui beni del debitore* intendiamo: conseguire sui beni del debitore un'utilità corrispondente a quella che gli sarebbe venuta dall'esecuzione della prestazione. Si capisce che questa utilità talvolta potrà consistere nella stessa *res debita* e tal altra nell'*id quod interest*. Quindi l'eseguire la prestazione non è un'azione direttamente correlativa ad un diritto del creditore, non è un'azione alla quale il creditore abbia diritto, ma è un'azione, la cui mancanza, il cui contrario (inesecuzione) fa passare dalla potenza all'atto il diritto che ha il creditore di soddisfarsi sui beni, perchè questo diritto è appunto condizionato dall'inesecuzione della prestazione » (1).

Noi dobbiamo anzitutto mettere lo scrittore a riscontro con sè medesimo per vedere quello che egli stesso pensi della sua dottrina. Immediatamente a quel che ha detto soggiunge: « Cosicchè l'esecuzione della prestazione alla quale, secondo il concetto comune, il creditore ha diritto, non cessa, nel sistema nostro, di costituire un elemento necessario alla consecuzione del diritto spettante al creditore: sia in quanto determina la qualità e quantità della soddisfazione, che costituisce il contenuto del diritto stesso, sia in quanto solamente la non esecuzione della prestazione rende cotesto diritto attuabile » (2).

Non si comprende come con tali riserve possa più sorreggersi l'ardita teoria. Se l'esecuzione della prestazione *costituisce un elemento necessario alla consecuzione del diritto;* se tale elemento giova a determinare la quantità e la qualità della soddisfazione; se questa costituisce il *contenuto* del diritto stesso: se l'inesecuzione della prestazione rende il diritto attuabile, cade d'un colpo la base della dottrina

(1) Op. cit., § 178.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

dell'autore. E, dopo tutto questo, come mai egli può continuare a discutere ritenendo come certo che il creditore non abbia il diritto a *che il debitore eseguisca la prestazione?* Come può affermare che « il debitore non abbia il dovere giuridico di eseguire la prestazione, ossia che non esista nel diritto obbiettivo una norma giuridica che comandi al debitore di eseguire la prestazione? » Ed allora, come la esecuzione della prestazione costituirà un elemento necessario alla concezione del diritto spettante al debitore? Parci che la contraddizione non possa essere più flagrante!

Dunque è da escludersi che l'esecuzione della prestazione rappresenti un dovere pel debitore? No, dice il Brunetti; « è indubitato che il più delle volte, almeno, costituisca un dovere morale ». Ma l'autore prevede le conseguenze di quest'affermazione, e domanda a sè stesso se l'esecuzione della prestazione « rappresenti inoltre un *dovere*, che, pure non essendo un *dovere giuridico*, abbia nondimeno una qualche *importanza* o *rilevanza giuridica* » (1). Ed ecco una nuova categoria di doveri ai quali l'autore impone la denominazione di doveri *giuridicamente qualificati*, che non sono imposti da una norma giuridica, ma che si debbano adempiere *quando si vogliano produrre certi risultati giuridici o evitarne certi altri.* Così, il cittadino che voglia esercitare il diritto elettorale, *deve* provocare la propria iscrizione nelle liste elettorali; se il debitore non vuole che il creditore abbia diritto di soddisfarsi sui beni di sua proprietà, deve eseguire la prestazione. Quindi abbiamo pretese *giuridicamente qualificate* da parte del creditore e dovere *giuridicamente qualificato* da parte del debitore; ed in base a questa distinzione il concetto di obbligazione viene così determinato: « è un vincolo giuridico fra due persone relativo ad una determinata prestazione, in forza del quale se una di queste persone (il debitore) non eseguisce la prestazione, l'altra (il creditore) ha diritto di soddisfarsi sui beni della prima ». Ma dunque è un vincolo giuridico? Sì, risponde il Brunetti; l'espressione tradizionale è *conciliabile col nostro modo di vedere,* perchè il debitore

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

è vincolato non nel senso comunemente inteso che il creditore abbia diritto all'esecuzione della prestazione, ma nel senso che se questa non venga eseguita, abbia diritto di soddisfarsi sui beni del debitore.

Il Brunetti (1) riferisce le obbiezioni fatte alla dottrina da lui seguita, e noi le riferiamo soltanto perchè il lettore si convinca che, malgrado le risposte date dal Brunetti, le obbiezioni mantengono tutta la loro forza.

Schey, Kuntze ed altri scrittori osservano che i beni del debitore formano oggetto del procedimento esecutivo, ed i mezzi procedurali esecutivi non si debbono confondere colla sostanza del diritto. I mezzi procedurali garantiscono i diritti di credito come ogni altro diritto, ma non ne costituiscono l'essenza.

L'obbiezione sarebbe senza replica, ma secondo il Brunetti, la risposta è facile: « Se i beni del debitore furono oggetto del procedimento esecutivo, ciò non toglie che si possano considerare anche come elemento del diritto del creditore, in quanto esso si concepisce *come diritto di soddisfarsi sui beni.* È questo un diritto protetto dalla coazione, con diritto coattivo, come deve essere ogni diritto che veramente meriti tal nome, *ma non è un mezzo coattivo.* I mezzi coattivi appartengono alla procedura, ma i diritti coattivi appartengono al *diritto materiale;* non sussiste dunque la lamentata confusione. I due campi sono anzi nettamente definiti: sino a che si dice che il creditore ha diritto di soddisfarsi sui beni del debitore se questi non eseguisce la prestazione, si fa un'affermazione di diritto materiale o sostanziale; quando invece si passa a determinare i mezzi dei quali il creditore deve valersi per soddisfarsi sui beni del debitore, si entra nel territorio della procedura civile, ossia del diritto processuale o formale che dir si voglia » (2).

E si considerino pure i beni del debitore come obbietto del diritto coattivo del creditore, astrazione facendo anche dai mezzi procedurali; in che cosa si risolve questo diritto

(1) Op. cit., § 128.
(2) Op. cit., § 198.

Digitized by Google

coattivo? Ecco il problema da risolvere. Ebbene, la coazione non costituisce un diritto a sè, ma è requisito che accompagna qualsiasi diritto pel caso in cui non venga regolarmente riconosciuto. I beni tutti del debitore stanno a garenzia delle obbligazioni che egli assume; il che vuol dire che se non adempie alla prestazione, sarà obbligato coattivamente a dare. Ma l'obbietto dell'obbligazione è la prestazione; non è quel tale *diritto sostanziale* di procedere esecutivamente, nè quello di domandare l'*id quod interest.* Di conseguenza, la risposta del Brunetti non distrugge per nulla l'obbiezione, quand'anche non siano i mezzi procedurali che si facciano entrare nel diritto del creditore; se non i mezzi procedurali, è il diritto di procedere esecutivamente contro il debitore. Ora, l'obbietto della prestazione non può mai essere questo diritto, che è carattere estrinseco, come dice il Romagnosi, di tutti i diritti, e che è strano ritenere costituisca l'obbietto del *vinculum juris.*

E con molta ragione si è fatto osservare che nel regolare l'istituto delle obbligazioni, il legislatore ha inteso in prima linea verso l'*adempimento volontario*, verso la *prestazione eseguita dal debitore*, e soltanto in seconda linea verso la soddisfazione da ottenersi sui beni del debitore indipendentemente dalla volontà di quest'ultimo. E ciò perchè l'esecuzione volontaria della prestazione è quel che normalmente avviene, anzichè il soddisfacimento sui beni del debitore in seguito d'inadempimento. A questa obbiezione del Rümelin e dello Zoll può dirsi che il Brunetti non risponda affatto perchè gira l'argomento invece di esaurirlo: « Ciò che il più delle volte avviene e ciò che il legislatore ha preveduto come normale non va confuso con ciò che costituisce il diritto del creditore. È infatti perfettamente concepibile che il legislatore attribuisca al creditore il diritto di soddisfarsi sui beni del debitore se questi non eseguisce la prestazione, pure *intendendo*, in conformità di quello che realmente avviene, che il debitore, il più delle volte, eseguirà volontariamente la prestazione, mosso anche dal sapere che altrimenti ne verrà il sagrificio dei suoi beni » (1).

(1) Op. cit., § 199.

Digitized by Google

Ma è vero o no che l'adempimento volontario è ciò che il legislatore contempla in prima linea? E se è vero, è falso che l'obbietto del vincolo giuridico sia ciò che il legislatore non contempla se non come eccezione.

9. Il solo concetto giuridicamente ammessibile, risponde ancora il Brunetti, è quello che non concepisce il diritto del creditore come diritto alla prestazione da parte del debitore. Non si può concepire come diritto (subbiettivo) se non quella facoltà che sia protetta dalla forza dello Stato, dalla coazione; quindi se il diritto del creditore fosse diritto alla prestazione da parte del debitore, la prestazione dovrebbe correlativamente rappresentare pel debitore un dovere coattivo, un dovere al quale egli non dovrebbe mancare senza urtare contro la coazione, contro la forza dello Stato. Nulla di più vero; ma nulla di più erroneo del modo come il Brunetti intende questa tale forza dello Stato, la coazione. Questa « non funziona, come generalmente ed inesattamente si afferma, per costringere il debitore a prestare, ma bensì funziona per aiutare il creditore, il quale vuol soddisfarsi sui beni del debitore in seguito alla non eseguita prestazione » (1). Ma la scienza non può curarsi di queste sottigliezze scolastiche. Quando la legge *aiuta* il creditore a soddisfarsi sui beni del debitore, per ciò stesso non costringe quest'ultimo a *prestare*? In qual senso vorrà intendersi la funzione coattiva dello Stato? Che forse gli agenti di esso dovrebbero afferrare il debitore e consegnarlo ai creditori per distribuirsi tra costoro a brani l'inadempiente?

Il fatto antigiuridico deve necessariamente avere conseguenze penali, secondo la teoria sostenuta dal Brunetti; e siccome al dolo non può negare il carattere di fatto antigiuridico, così ne deduce che il *delitto civile* dovrebb'essere colpito da sanzione penale, e quindi ciò non avendo luogo nel campo del diritto civile, vero e proprio delitto civile non vi sia.

---

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

Non è una *reazione adeguata* il soddisfacimento che coll'aiuto della pubblica forza (esecuzione forzata) il creditore ottiene sui beni del debitore? No, risponde il Brunetti; la reazione contro un fatto antigiuridico, per essere *adeguata*, deve avere carattere *penale*, deve contenere *qualche cosa di più* della semplice restaurazione materiale del diritto violato (1). E da quale principio si trarrebbe questo di più? Da quale principio di morale, di giustizia, di utilità sociale? Perchè l'esecuzione forzata dovrebbe avere carattere penale?

Si rimane impressionati al sentire ripetere che l'esecuzione forzata « non sia una coazione esercitata sul debitore per l'adempimento dell'obbligazione, che non sia la forza dello Stato impiegata per la sanzione di un dovere giuridico » (2). Ma insomma che cosa sarà? « L'attuazione del diritto che il creditore ha, di soddisfarsi sui beni quando il debitore non eseguisce l'obbligazione » (3). Non è il caso dell'*idem per idem*?

Ma il Brunetti ripudia la dottrina di quegli scrittori tedeschi, fra cui Jhering, i quali vorrebbero che la *pena* venisse applicata in tema di violazione di contratto; la ripudia perchè secondo lui l'eseguire la prestazione contrattualmente promessa non costituisce violazione di un dovere giuridico, in generale, tranne nei casi speciali contemplati dal Codice penale italiano all'art. 205, da quello tedesco al § 329. E da ciò argomenta che la violazione di un contratto non è, in linea generale, punibile, ma è punibile in qualche caso particolare ed eccezionale » (4). Ebbene, con questa affermazione non rinnega il Brunetti la teoria da lui seguita?

10. E ora, dimostrata erronea la premessa di tutto il ragionamento dell'egregio scrittore; ritenuta la prestazione come obbietto del vincolo giuridico e l'inadempimento come un fatto antigiuridico e per cui ha luogo la coazione, affer-

(1) Op. cit., § 202.
(2) Op. cit., § 203.
(3) Loc. cit.
(4) Op. cit., § 205.

Digitized by Google

miamo che anche trattandosi di torto civile per fatto illecito, doloso, si possa rimanere nel campo puramente civile. senza che per questo il fatto perda l'indole propria di delitto civile. Ed allora, da che si argomenterà la differenza tra il delitto civile e quello penale?

Ferrini nega che tale differenza possa trovarsi in una diversità qualitativa della norma offesa. Secondo lui non vi sono norme di diritto privato e norme di diritto pubblico; ogni norma, per sè, è di diritto pubblico, egli dice, nè muta natura pel fatto che serve a protezione d'interessi privati. Accetta quindi la formola del Binding, per cui delitto civile e penale non implicano due gruppi diversi di norme; la distinzione del torto in punibile e non punibile, non valendo distinzione delle azioni antigiuridiche sul fondamento della diversità dell'oggetto (1).

Un esame delle diverse teorie sui criterii distintivi del torto civile e di quello penale è stato fatto dal Brunetti. e con molta erudizione. L'indole di questo trattato non comporterebbe indagini di tal genere; laonde ci permettiamo soltanto di esporre quale, secondo il nostro avviso, sia il principio da accogliersi sull'assunto.

Ed anzitutto respingiamo l'affermazione del Ferrini, cioè, che ogni norma sia per sè stessa di diritto pubblico, quand'anche giovi a protezione d'interessi privati. Questa confusione sarebbe deplorevole non solo sotto il punto di vista dei principii, ma, quel che è più, rispetto alle leggi positive. Se tutte le norme dovessero avere quella sola caratteristica che vorrebbe il Ferrini, la violazione delle medesime non potrebbe non essere accompagnata da sanzioni che rappresentano una *pena*. Ora, compito della scienza giuridica si è appunto il distinguere sino a qual punto possa spingersi l'azione punitiva del potere sociale, sino a qual punto il torto meriti essere *punito*. Al di là del limite che la scienza segna, il torto assume carattere puramente civile, la sanzione si concreta coll'annullamento di ciò che contrariamente alla norma giuridica siasi operato, nel risarci-

(1) In Dig. It., v. *Delitti e q. delitti*, n. 5.

Digitized by Google

mento del danno che l'atto illecito abbia prodotto. E per ciò stesso l'indole della norma è diversa; il fatto illecito, l'identico fatto può essere contemplato dalla legge civile e da quella penale con sanzioni diverse, che non possono andar confuse.

Il dolo va represso perchè è inteso a nuocere; ma non può esserlo allo stesso modo, chè sarebbe evidente ingiustizia. Se usato nelle contrattazioni per carpire l'altrui consenso, sfugge alla sanzione penale; se estrinsecato in taluni atti, quand'anche di carattere puramente privato, cade sotto la sanzione della legge penale. D'onde la differenza? Antigiuridico è nel primo caso, antigiuridico è nel secondo; se non che, in talune speciali manifestazioni il legislatore crede necessaria la repressione facendo sorgere la figura del reato e quindi del delitto penale. E da ciò la distinzione del torto punibile e non punibile, la quale distinzione, checchè ne abbia detto il Ferrini, sulle orme del Binding, riposa sulla distinzione delle azioni *antigiuridiche;* la quale distinzione, alla sua volta, non può non essere fondata sulla *diversità dell'oggetto attaccato.*

Insistiamo su quest'ultimo punto perchè di essenziale importanza.

La diversità delle norme non può riferirsi se non alla diversità dell'obbietto al quale si riferiscono, perchè non tutte le azioni illecite sono della medesima importanza, in sè stesse considerate e rispetto al danno sociale, e quindi le norme debbono essere diverse e diverse le conseguenze della loro violazione. E compito della scienza suggerire al legislatore le norme più adatte alle diverse azioni antigiuridiche; quali di queste azioni compromettano le condizioni di esistenza dell'aggregato sociale e quindi debbano formare obbietto di legge punitiva, e quali non producono quella diretta conseguenza e quindi lasciano che la parte lesa ne domandi la punizione con mezzi diversi, che non abbiano carattere penale, nel senso speciale della parola. Ma la pena, nel senso ampio della parola, c'è sempre; in effetti, che cosa rappresenta l'annullamento dell'atto antigiuridico? La pena che sanziona il diritto civile è la invalidità dalla quale viene colpito l'atto consumato in contravvenzione ad un comando

Digitized by Google

o ad un divieto della legge (1). Che cosa è il risarcimento dei danni-interessi? E la reintegrazione del danneggiato in ciò che abbia perduto.

Nessun bisogno adunque havvi di negare il carattere antigiuridico dell'inadempimento alla prestazione, della violazione del contratto, per conchiudere alla nessuna violazione di norma giuridica; nessun bisogno di negare il delitto civile sol perchè il fatto doloso dovrebb'essere colpito da sanzione penale. Nè come assunto dottrinale, nè come sistema di legislazione positiva è ciò ammessibile. Il legislatore non può colpire con sanzioni penali se non quei fatti dolosi che compromettono l'ordine sociale, non quelli che si estrinsecano nelle private contrattazioni e dei quali può la riparazione essere di natura diversa, semprechè sia domandata e verso la persona che la domanda.

11. Gli scrittori di diritto civile hanno posto ben nettamente la distinzione. Una prima ragione di differenza tra il delitto penale e quello civile, osserva il Giorgi (2), nasce dal fatto che la legge penale non solo punisce i reati consumati, ma ben anche i tentati e i mancati, i quali ordinariamente non producono danno; e punisce molte contravvenzioni solamente perchè sono pericolose, nel fine di prevenire i mali che deriverebbero dal tollerarle. Una seconda ragione di differenza va cercata nei confini proprii del magistero punitivo, il quale provvede alla tutela della società. Quindi se il danno di un'azione ingiusta è ristretto all'offeso ed è facilmente riparabile coll'azione civile, il legislatore penale non lo colpisce. « La violazione di un contratto, la disobbedienza ad una disposizione testamentaria scritta nell'interesse dei terzi, benchè grave e volontaria e benchè dannosa agl'individui i cui diritti si offendono, non costituiscono reato. Del pari certe ferite ed offese cagionate per semplice inavvertenza non si puniscono dalle leggi penali, quantunque costituiscano un delitto civile (Cod. pen., articolo 45); e lo stesso dicasi finalmente di taluni artifizi frau-

(1) ZACHARIAE, § 37.
(2) *Obblig.*. V, n. 141 (6ª ediz.).

Digitized by Google

dolenti, che mancando degli estremi necessarii a costituire il reato, non sono soggetti a pena, quantunque rendano civilmente responsabile del danno chi ne fu l'autore ».

Non bisogna confondere il delitto civile con quello penale, scrive Laurent. Il delitto penale consiste nella infrazione di una legge penale; ciò che lo caratterizza si è che il colpevole soggiace a pene nell'interesse sociale. Nel delitto civile non è in giuoco l'interesse della società; la parte lesa agisce per la riparazione del danno che il delitto abbia cagionato; havvi soltanto un interesse privato, e, a dir vero, lungi dall'esservi un colpevole, havvi un creditore ed un debitore (1). Quando havvi l'interesse sociale e causa del danno sociale, per far sì che il delitto civile assuma carattere di delitto penale, non può aversi una determinazione *a priori*, perchè ciò dipende da un complesso di circostanze d'ordine diverso, cioè attinenti a tempi, luoghi, civiltà, abitudini, modo di vedere, sentimenti di un popolo. E per noi che ci occupiamo di responsabilità civile l'indagine sarebbe fuori l'orbita del nostro campo. Sotto il punto di vista di tale responsabilità, è indifferente che il fatto costituisca delitto civile o penale, perchè il danno dall'uno o dall'altro derivante è sempre risarcibile, essendochè da ogni reato, oltre l'azione penale, scaturisca quella civile pel risarcimento del danno in favore della parte lesa. Ogni danno dato coll'intenzione di nuocere è risarcibile; ma non sempre può tale intenzionec oncorrere. Talvolta il danno è conseguenza della imprudenza o della negligenza, cioè della colpa; il che non esclude che debb'essere risarcito. E da ciò il principio generale di responsabilità stabilito nell'articolo 1151 del Codice civile (art. 1382 Cod. fr.), collocato in una sezione intitolata dei *delitti e dei quasi delitti.*

(1) *Princ.*. XX, n. 385.

Digitized by Google

CAPITOLO III.

IL QUASI DELITTO.

1. *Del quasi delitto. Inutilità della critica fatta all'uso della detta espressione.*
2. *Applicazione della legge Aquilia anche al danno derivante da omissioni.*
3. *L'omissione colposa del dovere giuridico dà luogo alla* injuria *e quindi al risarcimento del danno.*
4. *Esame di un'opinione del Ferrini a proposito della colpa* in omittendo.
5. *Continua.*
5 bis. *Critica della teoria del predetto scrittore sull'entità della colpa aquiliana.*
5 ter. *Continua.*
5 quat. *Continua.*
6. *La colpa è elemento essenziale del quasi delitto. Critica degli argomenti addotti dal prof. N. Coviello in sostegno della teoria sulla responsabilità della colpa.*
7. *Continua.*
8. *Continua.*
9. *Continua.*
10. *Continua.*
11. *Indole della disposizione del Codice civile germanico sull'obbligo del risarcimento quando l'autore del danno non era stato in colpa. Se possa accogliersi il principio nel nostro diritto.*
12. *Continua.*
13. *Esame critico della nuova teoria del prof. V. E. Orlando sul fondamento giuridico della responsabilità.*
14. *Continua.*
15. *Continua.*
16. *Continua.*
17. *Continua.*
18. *Continua.*
19. *Continua.*
20. *Continua.*
21. *Continua.*
22. *Continua.*
23. *Continua.*
24. *Il danno è elemento essenziale del quasi delitto. Critica della teoria contraria sostenuta dal Chironi.*
25. *Continua.*
26. *Critica degli argomenti addotti dal Minozzi in sostegno della teoria predetta.*
27. *Continua.*

Digitized by Google

28. *Ancora sugli argomenti addotti dal Chironi in favore della sua teoria.*
29. *Il danno debb'essere provato in maniera specifica. Condanna generica al risarcimento.*
30. *Dev'essere conseguenza diretta della colpa.*
31. *Preoccupazioni del Giorgi per la distinzione tra la colpa contrattuale e quella extracontrattuale.*
32. *Può esservi concorso di colpa contrattuale ed extracontrattuale? Esame di taluni concetti del Giorgi.*
33. *Continua. Si esclude il concorso anzidetto.*
34. *Il risarcimento del danno non può proporzionarsi all'entità della colpa aquiliana.*
35. *Critica della teoria del Chironi sul criterio di valutazione della colpa.*
36. *Continua. Il* bonus paterfamilias.
37. *Qualunque colpa, per quanto lieve, implica l'obbligo del risarcimento, ed il giudice non può esercitare potere moderatore.*
38. *Continua.*
39. *Continua.*
40. *Continua.*
41. *Continua.*
42. *Continua.*
43. *Di quale colpa risponde il temerario litigante. Diritto romano. Diritto intermedio. Diritto odierno.*
44. *Opinione dei patrii scrittori sul requisito necessario a costituire la temerarietà della lite.*
45. *Responsabilità che si assume per la leggerezza o la reticenza nel dare informazione o spargere notizie.*
46. *Responsabilità del querelante nei casi di assoluzione dell'imputato.*
47. *Continua.*
48. *Continua.*
49. *Continua.*
50. *Continua.* Quid *se la denunzia fosse stata fatta da un pubblico funzionario?*
51. *Continua.* Quid *se l'assoluzione abbia avuto luogo per non provata reità?*
52. *Continua.* Quid *se abbia avuto luogo per inesistenza di reato?*
53. *Effetti della remissione della querela nei reati di azione privata.*
54. *Imputabilità nei delitti e quasi delitti. Età. Stato di mente.*
55. *Continua. Delle persone inabilitate.*
56. *Continua.* Quid *pel danno commesso nello stato di ebbrezza?*
57. *Come debb'essere inteso il principio che non iscusa l'ignoranza delle cose che si debbono sapere.*
58. *Colui che prevede l'evento dannoso e prende tutte le possibili precauzioni, è responsabile del danno che può accadere?*
59. *Continua.*
60. *Responsabilità di chi faccia procedere a sequestro conservativo.*

Digitized by Google

61. Continua.
62. Continua. Critica di un'opinione del Chironi.
63. Continua. Revocato il sequestro per difetto di causa, è a presumersi la colpa del sequestrante?
64. Responsabilità nel caso che le cose sequestrate, invece che al debitore appartengano a terzi e nel caso di pegnoramento annullato.
65. Responsabilità di chi provochi una dichiarazione di fallimento.
66. Responsabilità che si assume per l'esecuzione provvisoria delle sentenze.
67. Continua.
68. Responsabilità nell'esecuzione delle sentenze suscettive di ricorso in Cassazione.
69. Continua. Si respinge un'opinione del Chironi.
70. Responsabilità nel caso di annullamento di un'iscrizione ipotecaria.
71. Responsabilità nel caso che sia stata eseguita una convenzione nulla. Responsabilità del creditore espropriante.
72. Responsabilità in materia di protesti cambiarii.
73. Responsabilità di chi abbia ottenuto la sospensione delle opere intraprese dal vicino.
74. Il caso fortuito e la forza maggiore escludono la responsabilità.
75. Continua. Non però quando siano stati preceduti dal fatto colposo dell'uomo.
76. Continua.
76 bis *Fatti colposi che implicano responsabilità civile quantunque tollerati dalle leggi di pubblica sicurezza o autorizzati dalle autorità amministrative.*
76 ter. *Del danno che può essere prodotto dagli stabilimenti industriali.*
76 quat. *Continua.*
76 quinq. *Continua.*
76 sex. *L'impianto di una casa di prostituzione può dar luogo a risarcimento di danno in favore dei proprietari di case limitrofe?*
77. Il quasi delitto può avere natura commerciale? Critica della dottrina che ha ritenuto l'affermativa.
78. Continua.
79. Continua.
80. Continua.
81. Continua.
82. Continua.
83. Continua.

1. Quando manca la intenzione di nuocere abbiamo il fatto colposo, la colpa, che consiste nel non fare ciò che siamo obbligati di fare per evitare il danno, o nel fare ciò che non dobbiamo fare; d'onde la colpa in *omittendo o* in *committendo,* e l'obbligo del risarcimento per *quasi delitto.*

Digitized by Google

La terminologia ci viene tramandata dal diritto romano, il quale ritenne come derivante *quasi ex delicto* l'obbligo nascente da ogni fatto illecito non rientrante in una delle categorie dei *delicta privata* (1). La quale terminologia fu ammessa nella dottrina e nelle leggi lungo il corso dei secoli; anzi, dall'obbligazione *quasi ex contractu* e da quella *quasi ex delicto,* abbiamo ben presto la ipotiposi in quasi contratti e quasi delitti, come figure tutte prossime nella parafrasi greca delle Istituzioni giustinianee (2); e ad essa fece omaggio il codice Napoleone, accogliendo la figura del quasi delitto come quella del quasi contratto. E quando si pensi che la terminologia anzidetta è durata fin oggi, quantunque il codice germanico e quello federale svizzero sulle obbligazioni l'abbiano repudiata, bisogna riconoscere che, per quanto tradizionale, la distinzione tra il delitto od il quasi delitto non era poi tale da dar luogo ad equivoci ed offuscare i principii. Oggidì, si dice, la scienza non conosce tale distinzione, come non conosce la distinzione fra le azioni *stricti juris* e quelle *in factum;* la legge non lo sa fare e gli scrittori più dotti confessano che non ha importanza pratica, perchè le regole e le sequele di un fatto illecito non dipendono dal nome di delitto o di quasi delitto, ma dalle condizioni sostanziali nelle quali è consumato (3).

Chironi critica con ragione tale opinione del Giorgi, che ritiene inopportuna la distinzione, sconosciuta dalla legge e dalla scienza e che non avrebbe alcuna pratica utilità. Egli osserva che la distinzione venne ammessa dalla dottrina anteriore al codice francese, e ne fanno testimonianza anche i lavori preparatorii, e su quella distinzione poggia tutto l'ordinamento della legge sul fatto illecito extracontrattuale; e se la critica fosse giusta, si dovrebbe dire inutile la distinzione tra il dolo e la colpa (4). Come può dirsi che la scienza non la conosca quando ha informato tutti i libri di scienza giuridica fino a noi? E quale sarebbe il

(1) *Inst.*, lib. IV, tit. 5.
(2) V. Ferrini, *Delitti e q. delitti.* n. 5, in Dig. It.
(3) Giorgi, op. cit., V, n. 139 (6ª ediz.).
(4) *Colpa extrac.*. I, n. 11.

Digitized by Google

dotto il quale avesse detto in sul serio che la distinzione non abbia alcuna importanza pratica?

Certo, le regole che governano le conseguenze giuridiche dei fatti illeciti non dipendono dal nome di delitto o quasi delitto; ma se i nomi esistono per rappresentare le idee, bisogna riconoscere che nessuna distinzione abbia avuto ed avrà sempre tanta importanza pratica quanto quella tra delitto o quasi delitto. E si rimane sorpresi nel leggere « che il legislatore non attribuisce verun significato alla distinzione fra delitti e quasi delitti, tanto che si disputa ancora se riferiscesi a dolo e colpa, a commissione od omissione, a fatto proprio o fatto altrui » (1). Ma nulla di tutto questo; il legislatore ha usato le espressioni tradizionali, e nessuno le ha intese in maniera opposta alla tradizione scientifica. Nel delitto ha ravvisato l'intenzione di offendere; nel quasi delitto invece il fatto colposo, effetto di negligenza o d'imprudenza; e nessuno ha mai dubitato che all'espressione *colpa*, usata nell'art. 1151 del codice civile, come nell'art. 1382 del codice francese, debbasi attribuire un significato comprensivo della colpa e del dolo; e nessuno ha dubitato altresì che il fatto colposo possa essere positivo o negativo, proprio o d'altri.

Non è vero dunque che della distinzione « rimanga soltanto la nomenclatura semplice e spoglia di qualunque valore giuridico » (2). Se così fosse, bisognerebbe ammettere nel legislatore la massima delle insipienze, cioè, quella di avere usato espressioni che non rispondono a nessuna realtà!

La legge Aquilia riguardava in origine un ristretto caso di nocumento patrimoniale; ma sulla base di essa si è affermata nel diritto intermedio la tendenza a costringere al risarcimento per ogni perdita colposamente recata (3), per ogni danno *injuria datum. Agire injuria* vuol dire *non jure, hoc est contra jus* (4); e si può in tal maniera agire

(1) Giorgi, op. cit., V, n. 139, nota.

(2) Giorgi, loc. cit.

(3) Windscheid, *Lehrb. des Pandektenrechts*, II, § 455; Molitor, *Oblig.*, n. 185; Arndts-Serafini, II, § 324, nota 3.

(4) Ferrini, in Dig. It., v. *Delitti e q. delitti*, n. 29.

Digitized by Google

con dolo o con colpa. Il significato appare diverso, secondo i testi, in quanto che ora si rapporta all'elemento subbiettivo, ora all'elemento obbiettivo (1). Però l'*injuria* è il fatto dell'uomo, è il danno prodotto dall'essere capace di ragione; il danno dell'animale è *pauperies; nec enim potest animal injuria fecisse quod senso caret* (2).

2. La legge Aquilia riguardava i fatti colposi positivi, ma la giurisprudenza ne fece man mano applicazione alle omissioni (3). Un esempio ci vien dato dalle leggi 44 e 45 Dig., 9, 2, per cui era dichiarato responsabile il padrone, il quale poteva impedire, ma non abbia impedito il danno commesso dal servo. Ma questo ed altri esempi rivelano il concetto per cui la responsabilità *in omittendo* s'incorreva quando una persona avesse avuto il dovere giuridico d'impedire il danno per la posizione giuridica nella quale trovavasi, come nel caso del padrone rispetto al servo, Infatti, così fu più tardi inteso il principio: « Ceux qui peuvent empêcher un dommage que *quelque devoir* les engageait de prévenir, y auront manqué, pourront en être tenus suivant les circonstances. » Questo l'insegnamento di Domat (4), ed il principio è stato accolto dagli scrittori odierni (5), essendo rimasta isolata l'opinione del Toullier (6), secondo il quale responsabile sarebbe colui che, potendo impedire un'azione dannosa, non la impedisse, e quindi vi sarebbe una specie di complicità. Espressa in termini così generali, la dottrina del Toullier non può accogliersi, perchè confonde l'illecito morale con quello giuridico.

---

(1) Fr. 5, § 1, Dig., 9, 2; *Inst.*. IV, 3, pr.

(2) Fr. 1, § 3, Dig., 9, 1.

(3) V. Ferrini, mon. cit., n. 55, dove è fatto l'esame dei diversi testi sotto tale punto di vista.

(4) Op. cit., lib. II, tit. VIII, sez. 4ª, n. 8.

(5) Proudhon, op. cit., n. 1489; Aubry e Rau, § 444, nota 1; Larombière, op. cit. sull'art. 1382, n. 6; Laurent, XX, n, 388; Demolombe, VIII, n. 479; Sourdat, op. cit., n. 442; Giorgi, op. cit., V, n. 151.

(6) Op. cit., n. 117.

Digitized by Google

3. Il diritto altrui può essere quindi violato quando noi omettiamo di fare ciò che dobbiamo fare perchè il diritto non sia violato; insomma l'omissione di un dovere giuridico (1), e non mai di una facoltà (2). È il principio del *neminem lædere* sul quale poggia la responsabilità per colpa aquiliana; recando danno, offendiamo il diritto altrui e dobbiamo risarcirlo (3). Nè possiamo sottrarci al risarcimento allegando che intendevamo esercitare un diritto proprio (4), o che avessimo agito per conto di altre persone (5).

Si violi un nostro diritto nascente da contratto, ovvero un diritto che abbiamo indipendentemente da qualunque convenzione, si ha sempre la *injuria*, il fatto *contra jus*. Dove si ha diritto, ben dice il Chironi, si ha pure la possibilità di lederlo ingiustamente, e però la nozione dell'ingiuria si estende come la nozione del diritto; la colpa contrattuale genera *inadempimento colposo*, omissione ledente il diritto; nella colpa aquiliana havvi il danno *ingiustamente* dato, in maniera che la differenza fra l'una e l'altra colpa sta nella materia cui il fatto ingiusto si riferisce (6).

4. Ferrini (7) ricorda che la colpa aquiliana consiste *in faciendo*, e che la ragione che si dà del principio è pur quella che noi abbiamo l'obbligo giuridico di astenerci dai fatti lesivi del patrimonio altrui (*neminem lædere*); ma senza un vincolo speciale che crei all'uopo dei diritti secondarii, noi non abbiamo obbligo di agire, di operare per impedire il nocumento altrui. Ma sarebbe questa una ragione perentoria per negare la colpa *in omittendo?* Riconosciamo anche

---

(1) Cassaz. Torino 25 ottobre 1893 (*Giurispr. It.*, 1894, 101); 16 febbraio 1893 (*Ann.*, 1893, 162); Cassaz. Napoli 12 maggio 1886 (*Dir. e Giur.*, II, 87); Cassaz. Roma 13 maggio 1886 (*Legge*, 1887, 1, 367); Cassaz. Torino 11 dicembre 1883 (*La Giurispr.*, 1884, 41).

(2) Bologna 17 dicembre 1901 (*F. Bol.*, 1902, 11).

(3) Cassaz. Roma 11 dicembre 1903 (*C. S. Rom.*, 1903, 2, 374).

(4) Cassaz. Napoli 18 febbr. 1905 (*Dir. e Giur.*, 1905, 737).

(5) Cassaz. Firenze 4 agosto 1898 (*Giurispr. It.*, 1898, 1010).

(6) *Colpa extrac.*, I, n. 2 (2ª ediz.).

(7) Monogr. cit., n. 56.

Digitized by Google

noi che la questione rientra nello studio dell'elemento soggettivo, poichè s'attiene alla ricerca della causalità; ma vediamo se il concetto dell'illustre scrittore possa venire accolto nel diritto odierno.

« Nel caso che il nocumento altrui derivi dalla operazione nostra, questa è la vera fonte della perdita lamentata; si osserverà se l'operazione abbia in sè i caratteri per esserci imputabile, ed in caso affermativo risponderemo. Invece nella ipotesi di un contegno negativo, di una omissione da parte nostra, è chiaro che la causa del nocumento dovrà cercarsi in un altro fatto, poichè *ex nihilo nihil, e dal far niente, niente può direttamente provenire.* Questo fatto o sarà evento di natura od azione umana, nella quale ultima ipotesi potrà delle conseguenze rispondere il suo autore. Noi non siamo stati causa del male altrui; giacchè anche l'averlo potuto impedire e il non averlo fatto (qualunque possa essere il giudizio morale circa il nostro contegno), non ce ne rende sicuramente gli artefici, altrimenti dovremmo avere anche il merito di tutto il bene operato da altri, di cui potendo non abbiamo frustrato gli effetti. Sicchè la dottrina romana circa la colpa *in faciendo* è di una profondità giuridica meravigliosa e il suo disconoscimento è prova della grande decadenza del senso del diritto » (1).

Noi non seguiremo l'autore nella illustrazione del principio attraverso i testi delle leggi romane. Solo vogliamo fermarci sulla spiegazione teorica che egli dà alla soluzione contenuta nei framm. 28, 30 e 31 Dig. 9, 2. Chi taglia il ramo dell'albero è tenuto a gridare per avvertire i passanti affinchè non ricevessero danno dalla caduta dei rami; se ciò non faccia, è in colpa. « Qui egli risponde del *danno*, se *omette* di avvertire il viandante; ma non è l'omissione come tale, che induce la responsabilità, bensì il *fatto* che egli opera, tagliando i rami, e tale *operazione* non è stata circondata dalle opportune cautele » (2).

---

(1) Monogr. cit., n. 56.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

Ebbene, quale responsabilità può indurre il *fatto*, l'*operazione* di tagliare i rami dell'albero? Nessuna. È invece l'*omissione* di un atto, *fatto positivo*, che costituisce in colpa lo agente, cioè il non avere avvertito i passanti. Io non ho giuridicamente obbligo alcuno di avvertire altri che badi, osservi sul suo cammino una fossa nascosta; « ma se io ho scavato la fossa, mi corre dovere di farlo, giacchè è azione colpevole scavare fosse, coprirle e non metterne in avviso il prossimo. » Ma l'azione colpevole non è quella di scavare fosse, bensì l'omissione dell'obbligo di avvertire il prossimo: *idest si neque denunciatum est*... Se veggo acceso un fuoco, che può comunicarsi alla casa o al bosco altrui, non ho dovere preciso *giuridico* di spegnerlo o di avvertire chi lo spenga; « ma se io l'ho acceso, debbo spegnerlo, quando il pericolo si manifesti, osservare se mai tale pericolo sorga. » Qual è l'azione colpevole? Il non avere spento il fuoco: *qui non observaverit... ne ignis longius procederet.* Ed un altro esempio tipico di colposa omissione è quello contemplato al § 6, Inst., 4, 3. Il medico, dopo di avere operato il servo, lo abbandona, e quindi *reus culpæ est.* « Anche qui, dice il Ferrini, parlare di mera omissione sarebbe inesatto; è la cura del medico nel suo complesso che è causa del danno, e la *cura* è appunto azione, operazione ».

L'autore riconosce che viva opposizione era stata fatta a questa teoria da Hasse (1) e da Pernice (2), e che quest'ultimo scrittore, malgrado avesse poscia alquanto modificata la propria opinione riguardo al fram. 13, § 2, Dig., 7, 1, ha mantenuto la prima opinione « a proposito del diritto posteriore a Giuliano e quindi specialmente pel diritto giustinianeo e moderno » (3). Ma al disopra di ogni autorità havvi quella della ragione, della logica, del buon senso giuridico, che ci dicono potere essere in colpa non soltanto *in faciendo,* ma anche *in omittendo.* La parola *fatto*

(1) *Teoria della colpa*, Kiel, 1815.
(2) *Danneggiamento delle cose,* Halle, 1867.
(3) Monogr. cit., n. 58.

Digitized by Google

usata nell'art. 1151 (franc. 1382) dev'essere presa nel senso più ampio della parola, comprendendo le azioni e le omissioni pregiudizievoli ai diritti altrui (1).

5. Se noi leggiamo un trattato moderno sull'argomento, scrive Ferrini (2), facilmente sorgerà in noi l'idea che pel diritto civile italiano più non si distingua tra il *fare* e l'*omettere;* che basti da una parte una imprevidenza imputabile comunque manifestata e dall'altra un nocumento che ne consegua, perchè siavi e delitto civile e dovere giuridico di riparazione. Questa dottrina, dice il Ferrini, condurrebbe ad enormi conseguenze. « Se io non spèngo un fiammifero che altri inavvertentemente ha gittato per terra e il vento da quella scintilla fa sorgere un incendio, io dovrei rispondere solidalmente (dato che fosse imputabile chi ha gettato il fiammifero) con costui per la rifusione del danno; questo si deve a noi due, alla sua azione colposa, alla mia colposa omissione. Un avviso non dato, un consiglio risparmiato, un passo non eseguito ci attirerebbero le maggiori responsabilità giuridiche. A tali estremi niuno vuole arrivare e se anco le formule non contentano, si sente che in quegli scrittori vi è come un vago presentimento che la natura positiva o negativa del delitto civile è in istretta connessione coll'elemento della *injuria* » (3).

Che non si distingua tra il *fare* e l'*omettere* è vero; ma che rimprovero può farsi agli scrittori se attribuiscono responsabilità nei casi d'*imprevidenza imputabile?* È la legge che così comanda; sono gli articoli 1151 e 1152 che così vogliono, e gli esempi addotti dall'illustre scrittore cadono sotto la sanzione della legge. L'omesso spegnimento del fiammifero può indurre responsabilità in chi avrebbe avuto il dovere giuridico di non lasciare il fiammifero acceso; lo stesso per l'avviso non dato, pel consiglio risparmiato, se taluno avesse avuto il dovere giuridico di dare l'avviso, di

(1) Toullier, n. 147; Colmet de Santerre, n. 364 *bis;* Larombière, art. 1382 e 1383, n. 3; Aubry e Rau, § 444.

(2) Monogr. cit., n. 91.

(3) Loc. cit.

Digitized by Google

non risparmiare il consiglio. E la dottrina si è in tal senso affermata, non facendo derivare responsabilità giuridica dalle omissioni di doveri puramente morali, ed è in pieno accordo con essa il Ferrini quando scrive che « se una norma giuridica generale ci vieta di fare atto contrario ai diritti attivi e di essi lesivo, non esiste una norma altrettanto generale che c'imponga di agire a beneficio altrui e ci costituisca nel dovere giuridico di provvedere (ove non sianvi vincoli particolari), perchè i diritti altrui non abbiano a patire nocumento » (1).

5 *bis*. Ferrini (2) critica la teoria che nella colpa aquiliana intende tener conto anche di quella lievissima, e per cui richiedesi più che la diligenza ordinaria del buon *paterfamilias*. Gli interpreti del diritto romano, secondo il compianto scrittore, furono traviati dalle fatali parole: *in lege Aquilia et laevissima culpa venit*. Se l'ordinaria diligenza del buon padre di famiglia basta in materia di contratti ed anche di quasi contratti, a che richiederne una maggiore in materia di quasi delitti? Si dice che le parti contrattando, si presume essere edotte della responsabilità alla quale vanno incontro, ed in difetto di pattuizione, si intendono rimettere alle disposizioni generali del Codice; ma questo, dice il Ferrini « sarà vero sempre per un'infima minoranza, perchè la maggior parte a ciò non provvede, e vi provvede invece la legge, senza finzioni, senza precauzioni, senza mille altri sciocchi e vanissimi artificii di cui sono pieni tutti i libri di diritto e che dovrebbero una buona volta scomparire ».

Quali siano tali numerosi sciocchi e vanissimi artifizi non sapremmo dire, e l'autore tuffandoli una volta per sempre nel mare dell'oblìo, vi scrive sopra queste affermazioni: « La volontà delle parti e l'ordine giuridico, ecco i due veri fattori in diverso rapporto e in diverso grado degli atti giuridici! Se dunque la legge provvede a regolare la responsabilità delle parti in questa materia, è ovvio che

(1) Monogr. cit., n. 91.
(2) *Delitti e q. delitti* (in Dig. It.), n. 116.

Digitized by Google

essa pretenderà da essa tutto ciò che si può pretendere dai buoni cittadini; cittadini attenti e onesti, ma dopo tutto uomini e cioè necessariamente imperfetti e limitati. Ora ciò che costituisce qui la norma, l'emblema del probo cittadino, perchè non varrà ivi altrettanto? Perchè in un caso di meno, nell'altro di più? Io non lo so affatto vedere » (1).

Ma l'aveva già visto l'illustre scrittore quando respingendo anch'esso la famosa tricotomia della colpa, aveva ritenuto il concetto della gradazione della medesima, nei rapporti obbligatorii nati da negozio giuridico, e quando riconosceva che « nel campo aquiliano la colpa non ha gradi e sempre si risponde, siavi dolo o mera negligenza, purchè vi abbia una deviazione da quelle regole di prudenza e di vigilanza che si richiedono nel consorzio civile » (2).

« Per noi, diceva l'illustre scrittore, la questione è dunque (prescindendo da qualsiasi raffronto colla così detta colpa contrattuale) la seguente: dov'è il limite infimo a cui scende la colpa aquiliana? » (3).

Il limite infimo, secondo il concetto teorico, non può essere se non dove non sia possibile ravvisare colpa; ma siccome la colpa è conseguenza della mancata diligenza, ci si può presentare il tipo del *bonus paterfamilias,* l'emblema del probo cittadino, attento ed onesto, in un campo dove si arriva all'infimo grado della colpa? E se ciò è vero, come mai il Ferrini (4) può ritenere altresì come vera la sentenza del Puchta, cioè, che oltre alla diligenza del buon *paterfamilias* non vi sia che quella del pazzo?

Fa meraviglia che l'illustre scrittore, sempre moderato nella sua critica, inveisca contro gli avversari, quasichè non vivessero in mezzo alla realtà della vita. « I nostri avversari, egli dice, ottime persone senza dubbio, ma che hanno sciupata forse la testa sui libri più che non l'abbiano adoperata per intendere il grande e vasto dramma della vita, isolano le singole azioni umane ed esaminano sottilmente

(1) Monogr. cit., n. 117.
(2) Monogr. cit., n. 59.
(3) Loc. cit.
(4) Monogr. cit., n. 118.

Digitized by Google

se in quella operazione l'agente avesse potuto adibire un grado ulteriore di cura, ed evitare così un determinato evento nocivo. Ora, è senza dubbio possibile che in quella operazione, eccedendo i limiti dell'ordinaria diligenza del *bonus paterfamilias*, ed adibendo una scrupolosa, meticolosa premura, quell'evento sarebbe stato evitato. Ma l'uomo non è al mondo per una sola azione; i bisogni incalzano; le esigenze si moltiplicano, le azioni si susseguono rapidamente e data ad una la diligenza ordinaria, che le compete secondo la sua importanza, bisogna procedere alle altre, sotto pena di rimanere uomo inutile a sè e agli altri. È impossibile che il diritto pretenda dalla comune degli uomini più di quanto essa può dare; che voglia rendere gli uomini inopportunamente meticolosi, tardigradi e inceppati con un danno sociale che supererebbe di gran lunga qualche singolo inconveniente, che pure si arrivasse a impedire » (1). Ma questo rimprovero non è giustificato; nessuno ha preteso dagli uomini ciò che non possono dare, nessuno ha preteso che siano meticolosi, tardigradi, inceppati; ciò che si pretende si è che una persona la quale non abbia avuto rapporti contrattuali con altra, risponda di *qualsiasi colpa;* il che vuol dire che debba usare la massima diligenza per non recar danno, *injuria.* Il limite infine della colpa sta in corrispondenza alla diligenza massima che si deve usare; e pretendere una diligenza massima per non recare *injuria* non è meticolosità.

5 *ter.* L'esempio che adduce il Ferrini nulla depone in pro della dottrina da lui sostenuta, nè giustifica l'accusa contro gli avversari. Un giornale commerciale pubblica l'elenco dei protesti cambiarii fornitogli dalla cancelleria del tribunale ed in cui sianvi degli errori. Proposta azione di risarcimento contro il responsabile da parte di persona che si vide compresa nell'elenco senza avere subìto alcun protesto, il tribunale non accoglie la domanda perchè non ritiene la colpa dell'autore o direttore del giornale, non

(1) Monogr. cit., n. 118.

Digitized by Google

ritenendolo che abbia agito con negligenza. Ferrini fa queste considerazioni: » So bene che un uomo meticoloso avrebbe potuto dire: questi *reporters* non sono infallibili, ci possono essere errori; verifichiamo, indaghiamo. Con ciò sicuramente egli avrebbe evitato quest'incoveniente. Ma un uomo così meticoloso non fonderebbe mai un giornale di commercio, non gioverebbe colla sua attività, coll'alacrità del lavoro ai molteplici interessi di una classe tanto numerosa e importante di cittadini » (1). Ma chi ha mai detto o sostenuto che la imputabilità delle umane azioni debba andar misurata alla stregua delle meticolosità? Quale giurista, quale magistrato s'è prefisso mai questo strano criterio, l'attuazione del quale non potrebbe a null'altro giovare che a popolare i manicomii?

Usare la massima diligenza non vuol dire dover essere meticoloso, diventare forse oggetto di riso e di scherno, personaggio da farsa. Si sia o no sciupata la testa sui libri, bisognerebbe essere privo del più elementare buon senso per sostenere un assurdo come quello che ingiustamente il compianto scrittore attribuisce ai suoi avversarii, che del resto non son pochi. Nella specie da lui esaminata, chi avrebbe potuto attribuire negligenza al giornalista che pubblicava l'elenco dei protesti cambiarii quale gli era stato dato dal cancelliere del tribunale? Era ben riposta la fiducia in tale funzionario, ed il magistrato che assolse il giornalista bene applicò il principio di responsabilità per colpa aquiliana, non avendo riscontrato in quel dato fatto nemmeno la colpa lievissima.

In un'altra specie decisa dalla suprema Corte torinese (2), Ferrini approva quanto ebbe a ritenere la stessa Corte in ordine alla responsabilità di un maestro di scuola, il quale, *giustamente sdegnato contro uno scolaro*, getta con impeto un quaderno sul banco, per cui rimbalza una penna che va a ferire un altro scolaro, e gli cagiona la perdita di un occhio. La Corte pur affermando che si risponde anche di colpa lievissima giusta gli articoli 1151 e 1152 Cod. civ., ritenne

(1) Monogr. cit., n. 119.
(2) Decis. 17 marzo 1893 (*La Giurispr.*, 1893, 367).

Digitized by Google

la non prevedibilità del fatto dannoso. La quale punibilità, nota il Ferrini, era così rimasta, che parve alla Corte esulare la colpa, nel non averla preveduta; parve alla Corte che il gettare il quaderno senza osservare pure se vi fosse una penna, non fosse esorbitante dal contegno di un uomo di comune e ordinaria diligenza. Questo la Corte non disse, poichè avendo premesso il vieto aforismo della colpa lievissima, non sarebbe riuscita a quella sentenza cui la coscienza dettava. La Corte considerò come atto colposo il getto del quaderno in sè (non il getto sopra una penna); il fatto che sul banco eravi la penna che rimbalzò come una causa nuova di danno, posteriore all'atto colposo e atto a infrangere il rapporto causale. Tale modo di considerare il fatto non avrà il plauso generale, ma tutti in fondo converranno sull'opportunità della decisione (1). Eppure, non sarebbe fuori di proposito il chiedere anzitutto se sia lecito ad un maestro di scuola agire nel modo come quel tale maestro abbia agito; e se buttando un quaderno con violenza sul banco dove soglionsi tenere le penne, non avrebbe dovuto prevedere il rimbalzo di qualche penna. Si abbia pure un tal fatto come difficilmente prevedibile; ma preceduto da colpa del maestro, avrebbe dovuto rendere costui sempre responsabile. Eppoi, avrebbe egli usata la diligenza del *bonus paterfamilias?*

Conchiudiamo affermando che, sotto qualsiasi punto di vista, la dottrina del Ferrini non può essere accolta.

5 *quater.* Conseguenza della teoria anzidetta si è la nozione del caso fortuito che dà lo stesso scrittore, secondo il quale tutto ciò che non può essere preveduto dal buon *paterfamilias* costituisce il caso fortuito. « Quello che eccede i limiti della colpa è caso, e sarà *caso fortuito* a sensi del diritto, ancorchè con una più meticolosa diligenza (superante cioè l'ordinaria pel buon *paterfamilias*) avrebbe potuto evitarsi. Qui occorre avvertire che il *paterfamilias* non in tutte le cose procede colla cura medesima, ma ora con più, ora con meno di cautela, secondo l'importanza del negozio e la

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

possibile gravità delle conseguenze » (1). Ma quale sarà dunque il criterio in base al quale il giudice dovrà vedere se un danno debba ascriversi al caso fortuito ovvero imputarsi a colpa di taluno? A me danneggiato che importa se il *paterfamilias* abbia attribuito ad un suo atto poca importanza? Che importa se siasi ingannato sulla possibile gravità delle conseguenze?

Se questo tipo che ci si presenta oscilla tra la maggiore o minore cautela, qual vantaggio se ne avrà nella pratica, che è il campo dove sperimentasi la bontà delle teorie? Ha ragione allora il Giorgi, il quale affermando che nessuna distinzione sia da farsi tra colpa e colpa *ex delicto*, respinge ogni distinzione ed ogni limite che vogliono apportarsi agli articoli 1151 e 1152 del Codice civile, compresi i criterii della colpa lievissima del buon padre di famiglia. Ma anche questo scrittore, mentre non intende arrestarsi al criterio della diligenza del buon padre di famiglia, accetta quello della buona fede e della prudenza richiesta in una *persona dabbene*, che agisca secondo *le sue condizioni morali* per non offendere gli altri; e con ciò *in teoria si è detto tutto* (2).

Noi ci arrestiamo quindi all'affermazione generica: quello che eccede i limiti della colpa è caso.

6. La colpa è elemento essenziale del quasi delitto? Nessun dubbio pel diritto romano. Nel danno aquiliano è insito il concettto della *culpa*. « Per *culpa* poi s'intende la diretta o indiretta volontarietà del nocumento: o si è direttamente voluto, non usando le dovute cautele per impedirlo. La responsabilità aquiliana comprende quindi tutti i possibili atteggiamenti dell'elemento subbiettivo: dal dolo alla mera negligenza o imprudenza: *in lege Aquilia et lœvissima culpa venit*. E di fronte ad una maggiore intensità dell'elemento subbiettivo, non c'è una più grave obbligazione di risarcimento » (3). Questa è la dottrina che suol dirsi classica: nessuna responsabilità senza colpa.

(1) Monogr. cit., n. 122.
(2) Op. cit., V, n. 149.
(3) Ferrini, monogr. cit., n. 56.

Digitized by Google

Il testo dell'art. 1151 codice civile ed il principio che lo informa non lasciano alcun dubbio. Senza colpa, nel senso più lato della parola, non può esservi responsabilità. In altri termini il detto articolo si riferisce al comportamento soggettivo, alla *imputabilità*, sia per fatto voluto o no, abbracciando ogni deviamento dalla regola di condotta imposta verso il diritto altrui (1).

La giurisprudenza esplicatasi sotto l'impero del codice francese ha consacrato questo principio; quella patria lo ha seguito costantemente (2). Però, da qualche tempo, una novella dottrina ha cercato di farsi strada, propugnando il principio della cosidetta responsabilità senza colpa, colla assoluta distruzione di ogni elemento soggettivo della imputazione. La dottrina classica che mette capo al diritto romano, al danno aquiliano, e che informa le disposizioni degli articoli 1151 e 1152 del codice, si è ritenuta insufficiente, monca, inadeguata ai tempi.

Chironi ricorda il dubbio manifestato da qualche illustre scrittore (3) sul punto di sapere se, malgrado la non

(1) CHIRONI, *Colpa extrac.*. I, n. 9, V. le autorità citate in nota.

(2) Trani, 17 marzo 1877 (*Riv. Trani.* 1877, 507); Cass. Torino, 12 febbr. 1879 (*Foro It.*, 1879, 1, 1315); 3 dic. 1878 (*Mon. Mil.*. 1879, 63); 13 dic. 1878 (*Giur. It.*, 1879, 423); 19 marzo 1879 (*Mon. Mil.*, 1879, 422); Cass. Napoli. 30 luglio 1880 (*Gazz. Proc.*. 1880, 518); Trani, 9 luglio 1880 (*Riv. Trani.* 1880, 794); Roma, 12 luglio 1881 (*T. Rom.*. 1881, 395); Cass. Roma, 10 dic. 1880 (*Legge.* 1881, 1, 511); Milano, 19 sett. 1881 (*Mon. Milan.*. 1881, 1001); Cass. Palermo, 19 luglio 1881 (*Giur. It.*, 1881, 625); Roma, 12 luglio 1881 (*T. Rom.*. 1881, 395); Cass. Torino, 25 aprile 1882 (*Cass. Tor.*, 1882, 1, 333); Cass. Firenze 25 maggio 1882 (*T. Ven.*. 1882, 355); Cass. Palermo, 23 giugno 1882 (*Giur. It.*. 1882, 216); Cass. Torino, 11 dic. 1882 (*Cass. Tor.*. 1882, 2, 626); Roma, 1° maggio 1883 (*T. Rom.*. 1883, 431); Cass. Napoli, 2 dic. 1882 (*Gazz. Proc.*. 1883, 102); Venezia, 3 aprile 1883 (*T. Ven.*, 1883, 189); Cass. Roma, 12 sett. 1885 (*C. S. Rom.*, 1885, 731); Genova. 30 genn. 1886 (*Eco Gen.*, 1886, 57); Cass. Firenze, 8 aprile 1886 (*Legge.* 1886, 2, 116); Napoli, 27 giugno 1888 (*Foro It.*. 1888, 1, 1146); Cass. Torino, 18 genn. 1887 (*Giur. It.*. 1887, 97); Cass. Palermo, 13 febbr. 1894 (*Foro Sic.*. 1894, 41); Palermo, 15 febbr. 1897 (*Foro It.*. 1897, 820); Cass. Torino, 20 maggio 1898 (*La Giur.*. 1898, 958), 31 dic. 1897 (*Ibid.*. 1898, 133); Milano, 14 aprile 1899 (*Mon. Mil.*. 1899, 649); Bologna, 25 luglio 1899 (*Mon. Bol.*. 1899, 334); Trani, 28 aprile 1900 (*Riv. Trani.* 1900, 624); Palermo, 1° febbr. 1904 (*Giur. It.*. 1904, 287).

(3) MERLIN, Rep., v. *Blessé.* § 3, n. 4, e v. *Demeure.* § 2, n. 3.

Digitized by Google

imputabilità dell'autore del fatto illecito, debbasi sempre ammettere in favore del danneggiato il risarcimento, e trova tale teoria in contraddizione ai principii, perchè da una parte mancherebbe il quasi delitto e dall'altra si ammetterebbe un risarcimento, il quale può esistere dove esiste responsabilità (1). Ciò nondimeno la dottrina, secondo la quale può esservi responsabilità senza colpa, è sostenuta anche da qualcuno dei patrii scrittori, e sentiamo il dovere di discuterla.

L'obbligo del risarcimento a causa di fatto illecito, osserva un illustre scrittore (2), è fondato anch'esso sul principio del *neminem lædere*, principio che esige rispetto assoluto e genera l'obbligo del risarcimento. « Dunque il principio non v'ha responsabilità senza colpa è tutt'altro che razionale e di diritto naturale. Invece di brillare per esattezza scientifica, è contaminato da inveterato errore; invece di essere un principio semplice come quello del chimico ricordato da Therry, può meglio paragonarsi a uno dei tanti detti volgari, falsi in sè, ma che per la forza della tradizione, volgo e scienziati ripetono, come quello: il sole sorge, il sole tramonta » (3). L'accusa è assai grave, ma anzitutto si stenta a capire come dal rispetto al principio del *neminem lædere* possa derivare quello della responsabilità senza colpa. Quale antinomia può esistere tra il principio del *neminen lædere* e quello per cui non può esservi responsabilità senza colpa, non si comprende. Assoluto per quanto si voglia il primo, non appare meno assoluto l'altro; infatti, dire che ogni responsabilità presupponga la colpa ed affermare contemporaneamente che possa esservi responsabilità senza colpa, suona contraddizione nei termini. Un principio o è vero o è falso; tra la verità e l'errore non havvi termine intermedio,

Riconosce Coviello che il principio obbiettivo della semplice causalità materiale non può essere posto a fondamento della responsabilità senza colpa, e non può, al dire dell'au-

(1) Op. cit., n. 132 e 135.
(2) Nicola Coviello, *La responsabilità senza colpa*. § 3.
(3) Loc. cit.

Digitized by Google

tore, detronizzare l'altro subbiettivo della causalità giuridica, cioè della colpa; ed a tal fine critica assai bene parecchie teorie di scrittori tedeschi (1). Il principio della colpabilità non può essere costituito da quella della responsabilità senza colpa, il quale ultimo « riescirebbe sovente, nelle sue applicazioni, ingiusto, socialmente dannoso, immorale ». *Se non è giusto nel suo esclusivo imperio*, ha però, come da taluno fu notato, una importanza pedagogico-educativa perchè tende a prevenire la negligenza (2). Ma, se ciò è vero, perchè sarebbe un principio contaminato da inveterato errore, uno dei tanti detti volgari, falso in sè e ripetuto dagli scienziati per la forza della tradizione? È chiaro che queste affermazioni non rispondono al vero, tanto più quando il principio contrario, nelle sue applicazioni, presenta quei gravissimi inconvenienti che l'autore segnala. Si potrebbe accogliere come giustificante casi di eccezione? No, secondo l'autore; « accanto alla responsabilità per colpa può stare quella senza colpa, non in rapporto di sobordinazione come d'eccezione a regola, ma coordinati tra loro per lo scopo comune della riparazione del diritto leso e indipendenti per ciò che ne riguarda il fondamento. Ed ecco come l'egregio scrittore costruisce la teorica della responsabilità senza colpa.

7. « Se è principio sommo del diritto il *neminem laedere;* se questo principio è il fondamento delle obbligazioni patrimoniali, ogni volta che esso è applicabile, ogni volta che c'è una lesione di diritto da evitare o riparare, nascerà l'obbligazione. Ma la lesione del diritto può aversi solo quando una attività giuridica si contrappone ad un'altra attività giuridica e la limita in modo che ne derivi disuguaglianza. Il che può seguire in due modi: o esorbitando dalla propria sfera giuridica, e allora si ha l'atto illecito; oppure esercitando il diritto proprio, ma col sagrificio del diritto altrui, reso necessario dal diritto del proprio, che altrimenti rimarrebbe esso stesso sagrificato. Or se due sono le possibili ipotesi di

(1) Monogr. cit., § 5.
(2) Monogr. cit., § 6.

Digitized by Google

lesione, in tutte e due vi sarà l'obbligo di ripararvi. Se per la prima soccorre la responsabilità per colpa, nella seconda si dovrà anche rispondere, sebbene senza colpa. Così, tanto l'una che l'altra responsabilità presuppongono un principio attivo, nel senso filosofico dell'espressione, cioè una causa del danno, non materiale soltanto, ma volontaria e cosciente. Solo in una azione volontaria ha dell'illecito, in quanto è determinata da cattiva intenzione o accompagnata a negligenza; nell'altro invece, sebbene per necessità di cose abbia per effetto di ledere i diritti altrui, è lecito ed onesto. Cosicchè il principio fondamentale della responsabilità senza colpa si addimostra essere questo: chi esercita un diritto o un'attività lecita deve sopportarne le conseguenze dannose che ricadono sul patrimonio altrui, allo stesso modo che le avrebbe sopportate se avessèro colpito direttamente il proprio » (1).

Confessiamo di non comprendere il doppio modo col quale la lesione del diritto può avvenire. Che esorbitando dalla propria sfera giuridica si abbia l'atto illecito, è cosa che ben s'intende; si ha l'abuso del diritto, o meglio non si è più nella sfera del proprio diritto. Ciò che non s'intende si è la lesione che può aver luogo « esercitando il diritto proprio col sagrificio del diritto altrui, reso necessario dall'esercizio del proprio, che altrimenti rimarrebbe esso stesso sagrificato. » In che modo l'esercizio del diritto proprio renderà necessario il sagrificio del diritto altrui? E come mai senza sagrificare il diritto altrui, rimarrebbe sagrificato quello proprio? È un conflitto che non si comprende; l'esercizio di un diritto col sacrificio di un altro diritto è cosa giuridicamente impossibile, perchè nè il diritto di ragione, nè la legge positiva possono riconoscere legittima una facoltà di agire, la quale, nel suo esplicamento, sagrifichi un'altra facoltà egualmente legittima.

La seconda ipotesi di lesione contemplata dal Coviello non può che essere ridotta alla prima, perchè l'esercizio di qualsiasi diritto va limitato nei giusti termini che il diritto

(1) Monogr. cit., § 6.

Digitized by Google

stesso comporta; e, varcati i quali, si ha il cosidetto abuso il quale rappresenta la cessazione del diritto e quindi il fatto illecito.

8. Ma l'errore appare ancor più evidente quando l'autore afferma che le due specie di responsabilità da lui distinte presuppongono un principio attivo, una causa del danno, non materiale soltanto, ma volontaria e cosciente, e che nella seconda ipotesi, quantunque l'azione volontaria, per necessità di cose, abbia per effetto di ledere i diritti altrui, sia lecita ed onesta ». Ma se è lecita ed onesta, come mai può trar seco obbligo di risarcimento? Come può aver luogo danno *injuria datum?* E se è lecita ed onesta, per quale necessità di cose dovrà essere lesione dell'altrui diritto? Ed è conforme a ragione che chi esercita un diritto od un'attività lecita sopporti le conseguenze dannose che ricadono sul patrimonio altrui, nello stesso modo che le avrebbe sopportate se avessero colpito direttamente il proprio?

Dicasi quel che si voglia sul principio per cui chi si giova del proprio diritto non s'intende che rechi danno risarcibile ad alcuno; si dica pure vecchio cotal principio, tuttavia noi siamo fermamente convinti che sovr'esso poggi la generica disposizione dell'articolo 1151 del Codice civile. Se la mia attività è lecita, non può essere violatrice del diritto altrui; l'opposto è un assurdo morale e giuridico. Quante volte l'attività nostra lecita non reca danno agli altri? Eppure, chi vorrebbe fare ricadere le conseguenze dannose sul nostro patrimonio? L'interesse per stare in giudizio debb'essere legittimo, tendente alla reintegrazione di un diritto leso. Ebbene, colla teoria che il danno, comunque avvenuto, rappresenti sempre la violazione di un dirittto, non si sconvolge ogni principio su cui poggia la responsabilità del risarcimento? Per quanto il principio apparisca all'egregio scrittore come di *evidente ragionevolezza e confermato dal buon senso*, a noi invece appare irragionevole e dal buon senso per nulla suffragato.

Si dice che è morale, è giusto che ognuno sopporti i danni che derivano dall'esercizio del proprio diritto, perchè

Digitized by Google

cujus commoda ejus et incommoda (1); ma a ciò si risponde che quando l'esercizio del nostro diritto reca danno agli altri, bisogna distinguere se l'esercizio sia conforme all'indole del diritto e nella misura che il diritto comporta; al di là, come altrove abbiamo veduto, non è a parlare più di diritto; ogni attività diventa illecita, sorge la violazione del diritto altrui e l'obbligo del risarcimento.

Qui jure suo utitur, neminem laedit. È un principio informato al rigido individualismo romano e quindi ingiusto, si dice; fondasi sul concetto di un diritto assoluto, che si esplica senza riguardo altrui, e tale concetto ripugna tanto ai principii elementari della scienza giuridica da non esserci bisogno di confutazione alcuna (2). A dimostrazione di tale assunto, il Coviello fa rilevare come talvolta il principio anzidetto sia stato frainteso, com'è stato notato da illustri scrittori tedeschi ed italiani, e non ne disconveniamo. Ma seguirà da ciò che il principio anzidetto non abbia carattere assoluto ed universale, anche perchè invocato dal giureconsulto romano in una specie nella quale l'esercizio del proprio diritto non aveva leso il diritto altrui? Tutt'altro; il principio conserva sempre la stessa importanza, lo stesso carattere, a qualunque specie voglia applicarsi, sia che concorra la lesione del diritto altrui, ovvero no. E ne son prova gli esempi che adduce lo stesso Coviello e che trae dalle fonti (fr. 24 e 26 Dig., 39, 2). « Il proprietario di un fondo vi innalza un edifizio e così teglie la veduta al proprietario dell'edifizio di fronte. Gli deve risarcire questo danno? No, perchè qui non vi è danno, non vi è lesione di diritto, giacchè chi soffre la privazione della veduta non aveva diritto di averla. Ma muta la scena; il proprietario scava tanto profondamente nel suo terreno da mettere in pericolo la solidità dell'edifizio vicino; dovrà risarcire il danno? Sì, risponde il giureconsulto; eppure anche quì c'è l'esercizio di un diritto proprio » (3). Con questa differenza, soggiungiamo noi, che in questa seconda ipotesi l'esercizio non è limitato

(1) Loc. cit.
(2) Coviello, loc. cit.
(3) Loc. cit.

Digitized by Google

nei confini di ragione; si esorbita da tali confini e si lede il diritto altrui; e ledendo il diritto altrui è un non senso allegare il principio *qui jure suo utitur neminem laedit.* L'egregio scrittore ne conviene ed è esatto quanto egli afferma, cioè che « quella massima significa soltanto che non v'ha obbligo di risarcimento per la lesione di un semplice interesse altrui causato dall'esercizio del diritto proprio, poichè non v'è danno, nel senso giuridico, non v'è lesione di diritto » (1). Ma dovrebbe ancora dire « non essere impossibile la lesione di un diritto per causa di esercizio di altro diritto, e che quella lesione, seguìta che fosse, sia da riparare? (2). Se questo senso si dovesse altresì attribuire a quella regola di diritto, sarebbe lo stesso che ammettere e negare nello stesso tempo la stessa cosa; ammettere una contraddizione evidente, perchè dal momento che viene esclusa qulasiasi possibile lesione dell'uso del proprio diritto (nei limiti di ragione) non si poteva ammettere riparazione di danno, non essendo questo *injuria datum.* Tale è il senso genuino, veramente razionale della massima, la quale non può non avere carattere assoluto, universale.

9. Osterebbe a tale carattere il principio della coesistenza dei diritti, messo in onore dal Kant? Anche a tale principio ricorre il Coviello, ma parci con non migliore fortuna. Il lettore compatirà se ci occupiamo ancora di questo argomento, perchè lo scrittore delle cui opinioni discorriamo può dirsi abbia esaurito gli argomenti in pro dell'assunto da lui sostenuto.

Qual è il concetto che informa il principio della coesistenza dei diritti? Coviello lo determina così: « Molte volte la legge fissa il limite impreteribile all'esercizio di un determinato diritto, talvolta non lo fissa, ma tal altra ancora permette che l'esercizio di un diritto valichi il confine naturale che gli segnerebbe il diritto altrui. Ora, sia quando la legge fissa i limiti del diritto, sia quando non fissandoli esplicitamente lascia in vigore il principio generale che ogni diritto è limitato dalla coesistenza del diritto altrui, ecce-

(1) Loc. cit.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

dere questi limiti è atto illecito che sorpassa la potestà giuridica dell'individuo, e dà luogo alla responsobilità per colpa. Ma v'ha talora dei diritti che non possono esercitarsi senza sagrifizio dei diritti altrui, v'ha attività, per quanto lecita e necessaria, pertanto produttiva di danni, che sebbene prevedibili non sono evitabili; e allora la legge non può impedire l'esplicazione di tale attività, limitare l'esercizio di quei diritti, perchè ciò non sarebbe limitazione ma distruzione. Sorge così inevitabilmente una collisione o conflitto tra i varii diritti, uno dei quali deve prevalere sull'altro. Ora, i principii che regolano tale collisione non è nostro intendimento esporre; i filosofi e i giuristi se ne sono occupati ampiamente. Ciò che solo a me importa rilevare si è che giammai un diritto dev'essere interamente sagrificato a un altro diritto, sia pure di forza prevalente. Il diritto più debole deve cedere al più forte, non più nel senso che esso debba perire addirittura, ma in quello, io direi, che esso debba darsi indietro, mutar di posto per lasciare all'altro libero il campo che esso prima occupava. Il diritto cioè deve subire delle alterazioni, delle modificazioni, ma rimaner distrutto non può. Giacchè quello che giustifica l'invasione nel diritto altrui per esercitare il diritto proprio, altro non è che lo stato di *necessità*. Ora lo stato di necessità non può giustificare se non ciò che è strettamente necessario; e necessaria si presenta, com'è chiaro, solo l'alterazione o modificazione del diritto altrui, non già la completa negazione; ossia si rende necessaria la lesione del diritto nella sua forma speciale e nel suo normale contenuto, non già la mancanza di ogni obbligo di riparazione, compenso o indennità. Quest'ultima cosa riescirebbe ingiusta perchè senza fondamento di necessità di sorta. Sicchè la legge permettendo l'esercizio di certi diritti e di certe attività che trae seco inevitabilmnete delle lesioni dei diritti altrui, non autorizza e rende lecita la lesione stessa; se per necessità di cose non può, come nei casi ordinarii, *causam intactam servare,* è giusto che provveda *post causam vulneratam remedium afferre* (1).

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

Noi ci permettiamo di non accogliere, così inteso, il principio della coesistenza dei diritti. Il limite impreteribile all'esercizio di ogni diritto, lo dicano o non lo dicano le leggi positive, è segnato dalla linea oltre la quale è leso il diritto altrui; ed è assolutamente erroneo che possa esservi caso in cui la legge permetta che l'*esercizio* di *un diritto* valichi il *confine naturale* che gli segnerebbe il *diritto altrui*. Ciò contraddirebbe addirittura al principio stesso della coesistenza dei diritti, per cui l'esercizio di ciascun diritto non deve oltrepassare quel limite, oltre il quale si ha la *injuria*. Il legislatore non fa che determinare tali limiti secondo ragione e secondo le imperiose necessità del vivere civile. I limiti all'esercizio di ogni diritto sono segnati, come abbiamo detto, dai diritti degli altri, senza che nessun diritto rimanga *sagrificato;* chè se ciò avvenisse, il principio medesimo della coesistenza ne rimarrebbe vulnerato. Come mai potrebbe parlarsi di coesistenza se l'un diritto dovesse essere sagrificato all'altro?

Non può logicamente *esistere* collisione di diritti; può così *apparire*, ma l'analisi ci rivela ben presto il contrario, perchè assai spesso, se non quasi sempre, è questione di limite all'esercizio di più diritti e non di diritti rivali, in modo che l'esistenza dell'uno presupponga la distruzione dell'altro. Lo stesso Coviello ne conviene che giammai un diritto non debb'essere interamente sagrificato ad un altro, e noi diciamo nè *intieramente* nè *parzialmente;* e neghiamo che nel campo dei diritti possano esservene taluni di natura più debole degli altri, e che il diritto *più debole debba cedere al più forte,* fosse pure colla riserva fatta dal citato autore. La forza del diritto è sempre la medesima; guai se fosse altrimenti e se potesse farsi distinzione, sotto questo punto di vista, tra diritto e diritto! Che significa il dire che il diritto più debole non *debba perire addirittura, ma debba darsi indietro, mutar di posto per lasciare all'altro libero il campo che esso prima occupava?* Ma nulla di tutto questo; il diritto più debole dell'altro non esiste; i diritti non sono nè deboli nè forti, sono i diritti, che si esercitano conforme alla loro finalità. Nel diritto e nel dovere, ben disse il Romagnosi, agisce una forza regolata e non una forza sregolata,

Digitized by Google

una forza diretta dalla ragione e non sospinta dalla sola passione, una forza conforme e non difforme dalla legge; e l'esercizio di un diritto, considerato nella sua vera realtà, altro non può essere per l'uomo che l'esercizio negativo o positivo, utile e giusto, della propria potenza, incontrastabile per legge da chicchessia (1).

Nè alterazioni, nè modificazioni possono subire i diritti; e regolarne l'esplicamento non implica nè *alterarli*, nè *modificarli*.

Havvi lo stato di *necessità*, si dice, e tale stato giustifica l'invasione del diritto altrui per esercitare il proprio; fa sì che si renda necessaria la lesione del diritto nella sua *forma speciale* e nel *suo normale contenuto*. Ma anche questo concetto è erroneo; e poichè gioverebbe a sostenere una teoria molto importante, così siamo costretti d'intrattenerci ancora sullo *stato di necessità*, per vedere se alla stregua del medesimo possa essere giustificata la lesione del diritto altrui nel suo normale contenuto.

Se contempliamo lo stato di necessità nel campo del diritto privato, troviamo che esso si risolve nei limiti razionali che la legge positiva ha apposto all'esercizio dei diritti. Potremmo prendere come esempio le cosidette servitù legali, che consistono in pesi imposti sulla proprietà immobiliare in grazia del principio della coesistenza dei diritti, cioè per l'utile comune. È necessità di natura o di convivenza sociale che comanda, ed il legislatore deve farvi omaggio; ma lungi dall'esservi *lesione* di alcun diritto, non havvi che protezione di tutti i diritti. Quando la legge mi obbliga a far sì che il mio fondo riceva le acque che naturalmente scorrono dai fondi superiori, lede forse il mio diritto di proprietà? No; lo lederebbe se permettesse ai proprietari predetti di fare scorrere le acque non naturalmente, ma a loro libito. E così lo stato di necessità è il motivo determinante, che, senza distruggere alcun diritto, ne regola l'esercizio.

Ma lo stato di necessità può talvolta essere il motivo determinante l'azione dei pubblici poteri ed apparire come lesione dei diritti dei singoli. Apparire sì, ma non costituire

(1) *Ass. Primo*, § 6.

Digitized by Google

lesione dei diritti. Supreme necessità d'ordine sociale possono talvolta far sì che quell'azione si debba esplicare senza tener conto, in un dato momento, dei diritti dei singoli; ma chi vorrebbe scorgervi una violazione di diritti? E chi vorrebbe trarne argomento per sostenere che, nel campo del diritto privato, la razionale limitazione nell'esercizio dei diritti possa implicare lesione dei medesimi?

10. La teoria della responsabilità senza colpa, dice Coviello, è feconda nelle sue pratiche applicazioni; ed infatti egli l'applica al contratto di lavoro per gl'infortuni che ne derivano e di cui sogliono essere vittime gli operai. Trova al tutto insufficiente la teoria della responsabilità per colpa e ritiene l'opinione di quegli scrittori (Fusinato, Scialoja) i quali hanno creduto miglior partito addossare tutta la responsabilità ai conduttori d'opera, astrazion facendo dall'essere o no in colpa. Il padrone o imprenditore, come gode i vantaggi della propria industria, così ne sopporti le conseguenze dannose ed ogni rischio vada a suo carico (1).

Senza dubbio, come espediente pratico, sarebbe il più comodo, ma come principio giuridico « se la statistica col rigore delle cifre ci dimostra che solo il venti per cento delle disgrazie che colpiscono i miseri lavoratori addetti alle officine delle grandi industrie è dovuto a colpa dell'imprenditore o dell'industriale ed il resto al caso » (2) — come principio giuridico si giustifica l'espediente? O piuttosto non si risolverebbe in una grave ingiustizia? Miglior cosa è stato l'avere imposto agli imprenditori l'obbligo dell'assicurazione, e lo stesso Coviello ne conviene.

Che poi la teoria della responsabilità senza colpa possa essere l'unica che risolva la responsabilità della pubblica amministrazione pel danno recato dai suoi funzionarii (3), è un'affermazione della quale può ciascuno giudicare dopo quanto sul proposito si è scritto. Ed anche dopo quanto abbiamo indagato sulla responsabilità dei vettori, apparrà

(1) Monogr. cit., § 7.
(2) Coviello, loc. cit.
(3) Coviello, loc. cit.

Digitized by Google

chiaro se la predetta teoria possa mai giovare a ben risolvere le quistioni che su tale assunto si sono agitate.

11. Nelle legislazioni odierne abbiamo esempi di risarcimento di danno prodotto senza colpa del danneggiante. Il Codice civile germanico proclama il principio secondo il quale la persona che in uno stato di incoscienza o di morbosa perturbazione dell'attività dello spirito, escludente la libera determinazione della volontà, reca danno ad altri, non risponde del danno (§ 82); e ciò dopo di avere proclamato che risponde del danno chi deliberatamente o per negligenza porti ingiustamente lesione alla vita, al corpo, alla salute, alla libertà, alla proprietà o ad altro diritto (§ 823). Tuttavia, dispone nel § 829, anche nei casi in cui non si è responsabile del danno recato, quando non può rispondere il terzo obbligato alla sorveglianza, il danno debb'essere sempre risarcito, in quanto che l'equità, tenendosi conto delle circostanze e della condizione degli interessati, esiga un indennizzo, senza che per questo possano, a colui dal quale si chiede l'indennizzo, essere tolti i mezzi dei quali abbia bisogno pel mantenimento, conforme al proprio stato e per gli obblighi di mantenimento impostigli dalla legge (1).

Quest'ultima disposizione che non possiamo non ammirare costituisce forse una eccezione al principio classico che non possa esserci responsabilità quando il fatto dannoso non sia imputabile, cioè che non possa esservi respònsabilità senza colpa? Tutt'altro, e lo rivela il pensiero del legislatore, il quale invoca l'equità ed attribuisce l'azione di risarcimento sotto condizione che al danneggiato non vengano meno i mezzi del mantenimento proprio e di coloro verso i quali abbia obbligo di mantenimento per legge. Ed invero, suppongasi che una persona produca un danno nello stato di incoscienza; suppongasi ancora che sia in condizione di poterlo risarcire agevolmente e che il danneggiato sia in condizione di avere bisogno del risarcimento. Per quanto irresponsabile l'autore del danno, non è iniquo che venga sottratto a qualsiasi risarcimento, mentre possegga beni a

(1) Conf. Cod. austr., § 1310 e Cod. fed. svizz., *Delle Obblig.*, art. 58.

Digitized by Google

sufficienza? Senza dubbio, sol che si faccia appello al sentimento spontaneo di riprovazione che in noi si desta, all'idea che il danneggiante possa conservare integri i suoi beni di fronte a colui al quale abbia recato un danno anche senza colpa. Bene invocata è qui l'equità, nel cui nome spesso viene mitigato il rigorismo dei principii giuridici, perchè in fin dei conti le leggi son fatte per gli uomini ed a nessuno debb'essere permesso di avvantaggiarsi col danno altrui.

Ma è occorso un testo di legge perchè, in nome dell'equità, il danneggiante non imputabile possa essere costretto al risarcimento; il che vuol dire che l'azione non sarebbe ammessibile di fronte al principio che è risarcibile il danno commesso deliberatamente o per negligenza, cioè con dolo o con colpa (§ 823 Cod. germ.). Il principio anzidetto rimane fermo in tutto il suo tenore; il danno non è risarcibile quando sia commesso senza dolo o senza colpa; ma quando nelle diverse ipotesi di non imputabilità si ricorre all'equità, non è fare eccezione al principio, ma invocarne un altro.

Ebbene, nel difetto di un testo di legge, possiamo invocare l'*equità?*

I patrii scrittori sono discordi su questo punto. Ferrini (1) nega potersi ammettere l'azione di risarcimento, e dello stesso avviso è il Coviello (2); Venezian (3), Cavagnari (4) l'ammettono; Giorgi è perplesso (5). — Applicando lo stesso criterio di cui ci siamo giovati parlando del danno commesso nello *stato di necessità*, crediamo che si possano invocare gli stessi principii generali di diritto e l'equità che da quei principii non può andar mai disgiunta. Ma ciò non mai come applicazione di una dottrina, che, di fronte al testo dell'articolo 1151, ammetterebbe la responsabilità senza colpa.

12. Sarebbe un caso di tale responsabilità quello contemplato nel secondo capoverso dell'articolo 36 del Codice

(1) *Delitti e q. delitti*, in Dig. It., n. 72.
(2) Monogr. cit., § 4, nota.
(3) *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cap. I, § 20 e 24.
(4) *La respons. civ. nella giurispr.* V. *La scuola positiva*, 1895.
(5) Op. cit., V, n. 165, nota (6ª ediz.).

Digitized by Google

di commercio, per cui chi revoca la proposta e la notifica giunga all'altra parte dopo che questa ne abbia impresa la esecuzione, e tenuto al risarcimento dei danni? Nessun dubbio che nè sul contratto il quale non è esistito, nè sul delitto poggi tale obbligo di risarcimento, ma poggi sul quasi delitto. Chi propone e poscia revoca la sua proposta e da tale fatto derivi danno all'altra parte, si presume che sia in colpa. La revoca non può essere che la conseguenza di far cosa migliore nell'interesse proprio o di riparare ad errore commesso, e la legge presume la colpa. Ora, in tutti i casi in cui la colpa sia presunta, non è a parlare di responsabilità senza colpa.

Afferma il Coviello che parlare di colpa presunta nei casi dell'articolo 1153 Cod. civ. e 491 Cod. comm. sia un *pedantesco attaccamento al diritto romano,* perchè *una siffatta colpa non essendo effettiva, non è colpa* (1). Ma, a questo modo, si fraintende il principio filosofico su cui poggiano le presunzioni, ed in specie quella che informa le predette disposizioni di legge. Se le persone in esse contemplate non rispondono di colpa, di che risponderanno? La presunzione fa sì che le persone danneggiate siano dispensate dal dimostrare la colpa dei genitori, tutori, committenti, ecc., e ciò per l'indole stessa delle presunzioni, le quali, anzichè vere prove, dispensano dalla prova le persone in favore delle quali sono dalla legge stabilite. Ma, o effettiva o presunta, è sempre la colpa che dà luogo al risarcimento, e le disposizioni che seguono all'articolo 1151 Cod. civ. mettono capo a quest'ultima disposizione, per cui il quasi delitto presuppone la colpa.

Si potrebbe addurre come esempio di responsabilità senza colpa l'obbligo che la legge impone al mandante di tenere indenne il mandatario della perdita sofferta per occasione degli assunti incarichi quando non gli si possa imputare alcuna colpa? (art. 1756 Cod. civ., fr. art. 2000). Nol crediamo; anzitutto siamo in tema di contratto, ed il principio che regola il mandato si è che *ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum*

(1) Monogr. cit., § 4.

Digitized by Google

pati debet (1). Ora, non è lecito di stipulare che il mandante debba risarcire il mandatario dei danni sofferti per l'esecuzione del mandato e senza propria colpa? La legge non fa che stabilire il risarcimento come conseguenza naturale del contratto di mandato; il che sorge evidente dal frammento di Paolo che abbiamo citato. L'obbligo del risarcimento deriva quindi da contratto e non da quasi delitto. E quel che diciamo del mandato è applicabile al deposito, per ciò che si riferisce all'obbligo del deponente di risarcire il depositario della perdita di cui il deposito può essergli stata occasione (art. 1862 Cod. civ., fr. 1947). Non può addursi come esempio di responsabilità senza colpa, come vorrebbe il Coviello (2); invece l'obbligo del risarcimento è conseguenza del contratto di deposito e non vi è per nulla il quasi delitto.

Si dice che nei predetti casi del mandato e del deposito non vi è altra ragione se non il rapporto di causalità tra il fatto compiuto nell'interesse di una persona e i danni derivatine, e che se non vi fossero stati il mandato o il deposito, il danno non sarebbe nato (3). Ma appunto per questo non è il caso della colpa extracontrattuale; trattasi di danno sofferto nella esecuzione del contratto, ed il risarcimento è imposto dal patto o dalla legge.

13. Il fondare la responsabilità sulla colpa, si dice, è un concetto non *falso* o *erroneo*, ma *insufficiente*. « Con ciò, osserva un illustre scrittore, noi intendiamo lasciare integro il concetto classico di responsabilità; crediamo bensì che debba estendersi, nel senso di comprendere casi i quali, stando ai termini rigorosi di quello, a responsabilità non darebbero luogo. Si tratterebbe dunque di una evoluzione del concetto, in senso strettamente proprio, nel senso cioè non di distruggere o attenuare il contenuto di un istituto giuridico, ma di allargare la portata di esso » (4). Ma, leggendo questa specie

(1) Fr. 20, Dig., *Mand.*

(2) Loc. cit.

(3) Coviello, loc. cit.

(4) V. E. Orlando, *Saggio di una nuova teoria sul fondamento giuridico della responsabilità civile, a proposito della responsabilità diretta dello Stato.* V. *Arch. di Dir. pubbl.*, III, pag. 242.

Digitized by Google

di programma della pregevolissima monografia dell'Orlando, sorge spontaneo il dubbio se una teoria che fonda la responsabilità sulla colpa e fa di questa una condizione essenziale, possa estendersi fino ad essere applicata ad ipotesi di responsabilità senza colpa, e ciò senza che venga nè *distrutto*, nè *attenuato* il contenuto giuridico della teoria medesima. È questione d'insufficienza di questa teoria, la quale, evolvendosi, resterà intatta malgrado venga meno addirittura la base sulla quale poggia nella sua origine e poggia tuttavia secondo l'articolo 1151 del Codice civile? Ovvero, la teoria anzidetta resterà tale qual è, pur lasciando che altra sorga accanto ad essa, secondo le giuste esigenze di una più progredita civiltà giuridica?

Due ordini d'idee emergono dalle indagini dell'Orlando. L'uno, riguardante gli argomenti che possono trarsi dalla stessa legge positiva vigente contro l'applicazione della regola che ha posto la colpa a base della responsabilità; l'altro, per cui, dimostrata la insufficienza di tale teoria, si viene a determinare il principio generale che dovrà giovare come la nuova base di ogni responsabilità, e che rappresenterebbe l'ultimo grado (per ora) della evoluzione della teoria classica. Ed eccoci a discorrere dell'uno e dell'altro ordine d'idee.

Primo e gravissimo colpo contro la necessità del concorso di una *culpa* perchè ne derivi responsabilità civile, dice l'Orlando (1), fu dato, *comunque inconsciamente,* dalla disposizione del codice che riguarda la responsabilità dei committenti. Al principio romano secondo il quale doveva essere dimostrata la colpa del committente, *in eligendo* o *in vigilando,* si è sostituita una presunzione *juris et de jure* di responsabilità. Si è con ciò *scossa dalle fondamenta* la teoria tradizionale che manteneva l'elemento della colpa anche come base della responsabilità indiretta? Ed è stato fatto ciò inconsciamente? L'affermazione è troppo ardita, perchè siamo sempre nel campo della prova. *Strana, paradossale, assurda, illogica* per quanto possa sembrare la disposizione

(1) Monogr. cit., § 8.

Digitized by Google

del Codice (1), non puossi affatto ravvisare in essa una eccezione al principio proclamato dagli articoli 1151 e 1152. La risposta è così perentoria da non ammettere replica. Negando ai padroni e committenti la prova in contrario, il legislatore suppone che essi siano sempre in colpa. Può discutersi se questo sistema sia giusto, equo, logico; ma dire che possa dal sistema trarsi argomento per sostenere come assunto giuridico la responsabilità senza colpa, è quel che non ci persuade.

E domandiamo: È forse nuova l'osservazione che spesso la presunzione *juris et de jure* non risponde al singolo fatto? La cosa giudicata, p. es., contiene sempre la verità? E così possiamo domandare: i committenti sono sempre in colpa? Sempre, secondo la legge, e dai lavori preparatori del Codice francese, come altrove abbiamo dimostrato (2), sorge abbastanza chiaro che la responsabilità del committente si volle poggiare sulla colpa *in eligendo*, sulla cattiva scelta, ed era stata la dottrina insegnata da Pothier. E che non s'intese deviare dalla dottrina romana lo dimostra lo stesso Bertrand di Greville, il quale muove anzitutto dal principio contenuto nel fram. 1°, Dig. 14, 3. Dicesi pure *eccessivo* il sistema, ma non si dica, come fa il Giorgi, che *non se ne comprende il perchè;* e non si dica nemmeno che ad un *perchè* incomprensibile se ne debba sostituire un altro (3). Quale sarebbe? Certo non quello escogitato dal Chironi, desunto dalla pretesa rappresentanza, che, per confessione dello stesso Orlando, ci ricondurrebbe all'elemento della colpa *diretta*, e che rivela « una teoria ingegnosa, che però difficilmente può superare le molteplici, gravissime obbiezioni cui va incontro, delle quali potrebbe dirsi *una avulsa, non deficit altera* » (4). Ed allora, respinta la teoria del Chironi, bisogna fare un passo più in là, secondo l'Orlando, e tutto si semplifica. « Basta vincere il preconcetto secolare che per esservi responsabilità civile, bisogna necessariamente che vi sia colpa. Il testo

(1) V. Giorgi, op. cit., V, n. 252, citato dall'Orlando.
(2) V. cap. X, n. 16 e segg.
(3) Orlando, loc. cit.
(4) Loc. cit.

Digitized by Google

della legge, nel caso dell'articolo 1153, ce lo permette, anzi ce lo impone, a meno di renderlo mostruoso o incoerente. Per la responsabilità diretta (art. 1151, 1152) l'elemento della colpa viene espressamente richiesto; ma per la responsabilità indiretta no. Perchè dunque pretendere di trovarcelo per forza? Inconsciamente, il legislatore ha creata una figura di responsabilità che si è resa indipendente dall'elemento della colpa; ciò vuol dire, in altri termini, che quella evoluzione giuridica da noi annunziata si è già verificata, comunque in parte soltanto, anche nel diritto positivo vigente » (1).

14. E si sarebbe verificata da un secolo; se pure non vogliasi ammettere che si sarebbe verificata assai prima; se pure, in fin del conto, ciò che oggi appare come effetto di lunga evoluzione, non sia che una vecchia teoria romana. L'illustre scrittore formola così il novello principio sulla responsabilità civile: « Chiunque nell'esercizio di un'intrapresa o di un'attività qualsiasi arrechi all'altrui diritto un danno che appaia conseguenza diretta o indiretta di quella attività, deve questo danno risarcire, nulla importando se nell'evento dannoso l'agente non avesse peccato per negligenza o imprudenza, e quand'anche l'evento stesso isolatamente considerato, possa apparire dipendente da caso fortuito o da forza maggiore » (2). E questo principio è così applicato alla responsabilità dei padroni e commitenti: « L'agire per mezzo altrui, il tenere una persona al proprio servizio, costituisce indubbiamente un vantaggio pel rappresentato. Il rapporto di commissione implica, chi dia a questa parola un senso largo, un'*intrapresa* da parte del committente, il quale, dal preporre altri ad un compito che egli stesso dovrebbe altrimenti fornire, trae o un lucro, spesso considerevole (per es., col rendere così possibile l'attuazione di una vasta industria che abbisogna necessariamente di molteplici organi), o si procaccia in tal modo agi e riposi. Questa considerazione resta pure vera quando si abbia riguardo

(1) Loc. cit.
(2) Monogr. cit., § 14.

Digitized by Google

alle persone morali o fittizie che dir si voglia, le quali è certo che di organi necessariamente abbisognano, ma è pure certo che sono questi organi che permettono loro di agire e ottenere il conseguimento dei proprii fini: dalla rappresentanza essi traggono un vantaggio considerevole (quello di potere agire); ed è quindi giusto che ne sopportino il rischio » (1).

Ma, senza vedere nella *commissione* l'*intrapresa*, e considerando il contratto nei suoi termini modesti e genuini, quale lo rendono necessario i bisogni della vita quotidiana, che cosa sarebbevi nella nuova teoria di essenzialmente diverso dalla teoria romana sui *commoda* ed *incommoda* che mette capo all'editto del pretore, di cui parla Ulpiano nel fram. 1°, Dig. 14, 3? Sarebbe la teoria romana, ma incompleta, perchè si arresterebbe alla responsabilità del committente giustificata dal vantaggio che riceve dall'attività del commesso; e sotto questo punto di vista nulla vi sarebbe di nuovo. Ma, tanto Pothier quanto i redattori del Codice tennero conto del principio romano, il quale, imperando per le obbligazioni contrattuali assunte dall'institore, subiva poi delle serie modificazioni nel campo dei fatti illeciti, perchè si ammetteva la prova del difetto di colpa *in eligendo*. Si comprendeva che il solo fatto di ricavare un vantaggio dall'opera del commesso, non poteva giustificare la responsabilità del committente anche pei fatti illeciti del primo. Altro è ritenersi obbligati dai contratti consentiti dai nostri institori (*etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri*), altro è l'essere obbligati pei loro delitti e quasi delitti. In quest'ultimo caso la responsabilità deve poggiare sopra qualche altra base più solida che non sia il vantaggio che otteniamo dall'opera del commesso; la base sarebbe stata troppo fragile, e si credette necessario ricorrere alla colpa *in eligendo*.

15. Ed il codice elevò a presunzione *juris et de jure* la colpa del padrone o del committente. Ha fatto bene? Ha fatto male? La risposta dipende dal punto di vista, dal

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

quale ciascuno contempla il quesito. Ma ciò che havvi di certo si è che se la teoria del codice è apparsa ingiusta, assurda, illogica, ecc., ecc., nelle sue conseguenze, quella del *rischio* non lo è meno, perchè le conseguenze sono le medesime. Sia che la legge presuma assolutamente la colpa *in eligendo*, sia che una nuova teoria voglia spiegare la responsabilità del committente a base del principio del *rischio*, è chiaro che l'effetto sia lo stesso, ed il rimprovero che si fa alla legge può farsi alla nuova teoria. Orlando replica al Giorgi « che i gravissimi torti in tanto sono rimproverabili alla legge, in quanto si vuol tener fermo come fondamento della responsabilità indiretta la *culpa in eligendo* o *in vigilando* » (1). Ma se nessun principio di ordine pubblico *potrebbe giustificare la punizione come colpevole di chi colpa non ha commessa;* se i *principii più elementari di giustizia lungi dal legittimare, condannerebbero una così enorme conseguenza* (2), non può dirsi lo stesso della teoria del *rischio?* È giusto, è morale che sol perchè io commetto una incombenza a taluno, debba *necessariamente* assumere il *rischio* di dover rispondere della *injuria* del mio commesso, consumata nell'esercizio o in occasione della incombenza? Può accettarsi questo come un principio supremo per la determinazione della responsabilità indiretta? E non solo accettarlo come un nuovo principio teorico, ma come quello che informa la responsabilità indiretta, per venire poi alla conseguenza che ci possa essere una responsabilità senza colpa?

Un argomento in favore dell'odierna tendenza a non subordinare la responsabilità alla colpa trae l'Orlando dal principio per cui nella responsabilità extracontrattuale si tien conto anche della colpa lievissima. Havvi, come altrove abbiamo notato, un limite estremo della colpa, al di là del quale essa diventa impercettibile e quindi inapprezzabile. Ora, si dice, mentre la colpa ha un indubbio riscontro di ordine etico che trova la sua espressione nel designare il fatto come *illecito*, « si è finito con creare une nozione di

(1) Monogr. cit., § 8.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

colpa che è tale nel senso giuridico, ma non nel senso morale, ritenendo il diritto illeciti molti fatti che il senso morale permette e che tuttodì si commettono da tutti » (1). Questo conflitto però non esiste e non può esistere tra il principio giuridico e quello etico; posta l'esistenza della colpa, la responsabilità sorge moralmente e giuridicamente, per quanto lievissima possa essere. Nè vale allegare esempi in cui il magistrato abbia ritenuto responsabile di colpa lievissima persone che avevano agito come la gran maggioranza degli uomini suole agire. Tali apprezzamenti di fatto non possono menomare per nulla la teoria della responsabilità qual è quella del codice; la teoria della tradizione romana, per cui nella legge Aquilia si risponde anche di colpa *lievissima*. Lievissima, ma non impercetttbile, s'intende; e se tal fiata il giudice l'abbia ritrovata là dove non era, ciò vuol dire che si tenda ad ammettere una responsabilità senza colpa, cioè senza che il fatto possa essere ritenuto una *injuria?*

La predetta tendenza, che vorrebbe desumersi da giudicati che malamente apprezzarono i pretesi fatti colposi, non esiste; e noi possiamo invocare la confessione stessa dell'Orlando, il quale scrive: « Tuttavia non è men certo che tanto se si sta alla lettera delle presenti disposizioni legislative, quanto alla tradizione antecedente, ai lavori preparatorii, ai commentatori recenti e alla giurisprudenza, bisogna concludere che per diritto moderno è più che mai vero il principio che la colpa più lieve, senza temperamenti di sorta, basta a fondare la responsabilità, in caso di danno arrecato al terzo: il concetto di colpa aquiliana viene dunque reso indipendente dalla valutazione subbiettiva del grado d'imputazione alla volontà dell'agente: sia la colpa minima, sia il danno stato prevedibile, senza tener conto della levatura intellettuale dell'agente, vi è responsabilità » (2). Ciò basta ad escludere la tendenza di cui parla l'illustre scrittore.

---

(1) Orlando, monogr. cit., § 10.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

16. Il quale vorrebbe trarre un ultimo argomento da quanto talvolta è stato giudicato in ordine alla colpa *in re ipsa* (1). Altrove (2) discorriamo del senso in cui debb'essere inteso questa specie di principio affermato in talune decisioni. È quistione di prova che risulta, diremmo quasi, evidente per sè stessa, date le circostanze di tempo e di luogo in cui il fatto dannoso siasi verificato. Ma può dirsi di tali sentenze che « il concetto cui implicitamente esse s'ispirano è che basta il fatto che un diritto fu leso, perchè il danno debba essere risarcito, » e che « tale concetto preludia un'idea nuova di responsabilità, in parte attuata, in parte desiderata, ma che contraddice alle linee classiche della teoria della responsabilità aquiliana, che si connette necessariamente e indissolubilmente con l'imputabilità del fatto alla volontà dell'agente? » A distruggere cotale argomento bastano le giuste osservazioni dell'autore medesimo sul vero significato da attribuirsi alla colpa *in re ipsa*. « Poichè la colpa può certamente provarsi con testimoni, può anche provarsi per via di presunzioni. Ma, *prova* ha da essere. Che il magistrato rilevi, dai fatti noti, ragioni *gravi*, *precise* e *concordanti* per risalire, con una serie di argomentazioni, al fatto ignoto, ma in tal guisa legittimamente presunto, della colpa, non vi sarebbe nulla a ridire. Ognuno vede però come in tal caso non sarebbe, a rigore, giusto il dire che la colpa è nel fatto stesso, ma bensì che la colpa venne dall'attore dimostrata con un mezzo legale di prova, quali sono le presunzioni, così dette, d'uomo » (3). E, dopo ciò, che importa se qualche Corte abbia ravvisato la colpa in ogni lesione di diritti, malamente interpretando il principio della colpa *in re ipsa?*

Ma, segue l'illustre scrittore, la giurisprudenza offre dei casi in cui venne ammessa la responsabilità pur avendo esclusa la colpa. Quantunque altrove ci fossimo occupati di tali casi, non sarà discaro al lettore se qui ce ne occu-

(1) Monogr. cit., § 11.
(2) V. cap. VIII, n. 3 e segg.
(3) Loc. cit.

Digitized by Google

piamo ancora per rispondere ad un argomento che potrebbe avere qualche importanza nella presente discussione.

Tizio reputa più vantaggioso di coltivare a riso il proprio fondo, il che produce una infiltrazione di acqua che danneggia il fondo del vicino, il quale invoca l'art. 1151 del Codice civile per essere risarcito del danno. Si dice: « dov'è la colpa dell'agente, il cui scopo lecitissimo è di migliorare la cultura del suo fondo? » La stessa Cassazione torinese (16 luglio 1891) ammise il risarcimento in base a principii che *non sono espressamente sanciti dal Codice civile vigente*, che sarebbero quelli del fatto dannoso *per sè illegittimo* e della colpa *in re ipsa* (1). Il che non significa che quel supremo collegio abbia bene giudicato.

Perchè non avrebbe potuto applicare l'art. 1151? È forse lecito usare della nostra proprietà in maniera da recar nocumento diretto alla proprietà degli altri? Chi voglia trasformare il suo fondo in una risaia non deve sapere che le acque paludose, senza le necessarie cautele, s'infiltrano nei fondi vicini con gravissimo danno dei medesimi? Fatto lecitissimo è certamente il mutamento di coltura; illecitissimo invece quello di non aver preso le opportune cautele per non danneggiare i fondi vicini. Ma se la stessa Corte ammise la colpa *in re ipsa*, con ciò stesso non poteva applicare se non l'art. 1151 del Codice civile.

Talune decisioni però non dovrebbero essere addotte come esempi di aver preluso a nuove teorie, perchè invece non contengono che errori deplorevolissimi. Orlando ricorda la decisione 17 gennaio 1888 della suprema Corte napoletana, la quale dichiarava che il danno prodotto al fondo vicino da una industria esercitata nel proprio fondo debb'essere risarcito, *benchè non derivante da colpa, imprudenza o negligenza;* ed osserva: « La Cassazione ammette (e come no?) che in tal caso il risarcimento non può più fondarsi sulla responsabilità aquiliana qual è sancita nel nostro Codice, ma soggiunge che la ragione del risarcimento sta in quel principio di legge che *a nessuno è permesso usare del proprio diritto con iattura altrui.* Ma in tal modo si

(1) Orlando, monogr. cit., § 17.

Digitized by Google

esce dalla responsabilità aquiliana per rientrare in un'altra nozione di responsabilità, concepita in modo diverso. Per diritto vigente, il principio formulato dalla Cassazione napolitana non si trova scritto in nessun luogo; al contrario, anzi, il notissimo e più volte citato aforisma tende ad escludere la responsabilità di chi reca danno altrui coll'uso di un proprio diritto. La verità è che il principio formulato dalla Cassazione di Napoli contiene sempre l'idea di responsabilità: bensì non è più quella dell'art. 1151 Codice civile, per la quale l'uso del proprio diritto esclude la colpa, e con questa esclude altresì l'obbligo del risarcimento » (1).

Ma anche qui la risposta non può essere che la medesima. Se a nessuno è permesso usare del proprio diritto con iattura altrui, chi tale uso faccia è responsabile di dolo o di colpa. Il principio che il proprietario possa disporre della cosa sua nella maniera più assoluta è limitato dalla legge, dall'art. 1151, di carattere universale. È un assurdo ritenere che non si agisca con imprudenza quando ci gioviamo delle cose nostre per un fine che riesce al danneggiamento delle cose altrui. Se impianto una fabbrica di polveri piriche, o di cose che rendono necessario l'impiego di materie esplosive, o che producono esalazioni nocive, sarò responsabile se si provi che abbia agito con imprudenza o negligenza; allora avrò usato del mio diritto, ma con iattura altrui. In ogni caso, non sarò responsabile che di colpa aquiliana, e l'aforisma predetto, lungi dal tendere ad escludere la responsabilità di chi reca danno altrui coll'uso di un diritto proprio, conferma invece tale responsabilità.

17. Ma havvi un caso tipico, d'importanza generale, e che prestasi a molte applicazioni per via di analogia. Dalla locomotiva di un treno ferroviario scappano delle scintille, che, in contatto con le erbe secche, cagionano incendio nei campi vicini. Dov'è il fatto illecito? Eppure si è ritenuta la responsabilità delle Società ferroviarie tanto dalla giuris-

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

prudenza francese quanto da quella italiana, e specialmente quest'ultima è ricorsa al principio dei *commoda* e degl'*incommoda*. Ecco, si dice, la negazione recisa della teoria classica; non vi sono mezzi termini; la colpa si esclude e si ritiene la responsabilità (1). Ma lo stesso scrittore riconosce che nelle motivazioni delle decisioni da lui stesso ricordate, non si trova *neppure un cenno del diritto vigente*. Ed allora può domandarsi come mai il giudice, costretto ad applicare l'art. 1151, che richiede la colpa per il risarcimento del danno, possa invocare un qualsiasi principio teorico per condannare a tale risarcimento quando il danno sia dovuto al caso fortuito? Perchè nelle relazioni tra privato e privato è stata unanime la giurisprudenza nel richiedere l'esistenza della colpa, per quanto lieve questa possa essere stata? Forse che l'art. 1151 cessa dall'essere applicato quando trattasi di enti che ben possono rispondere del danno? Sia pure *de jure condendo;* ma *de jure condito*, il risarcimento non può giustificarsi che come una misura di equità, che è molto dubbioso se possa applicarsi dal giudice, tanto che nel Codice germanico è occorso un espresso testo di legge (§ 829) pel risarcimento, al quale possono essere condannate le persone che danneggiano senza essere imputabili. Ma, lo ripetiamo, il caso che vuolsi tipico non s'è prestato fin oggi ad analogie, nè può prestarsi senza violare apertamente il principio generale del Codice civile.

Vediamo ora come l'illustre scrittore costruisca la teoria nuova.

Una responsabilità senza colpa, egli dice, o in cui per lo meno, la colpa costituisca un elemento trascurabile, potrà sembrare, ed anche essere, incompatibile con *certe categorie rigide del formalismo giuridico. Ma sarebbe una piccola questione di parole.* « Certo, bisogna liberarci dal preconcetto di connettere l'idea di responsabilità con quella di *fatto illecito;* anzi, rovesciando la massima tradizionale, si dovrà ammettere, e lo abbiamo visto, che un fatto *lecito* possa in certi casi impegnare la responsabilità di chi lo ha

(1) ORLANDO, monogr. cit., § 17.

Digitized by Google

compiuto. Che se poi si vuol lasciare intatto il *vecchio formalismo schematico,* non sarà difficile di adattarvi il nuovo, e si potrà allora dire che si tratta di una nuova fonte di obbligazioni la quale piglia un posto intermedio fra il quasi contratto ed il quasi delitto, avendo di comune col primo appunto la eventualità di derivare da un fatto lecito e col secondo la misura del risarcimento che si estende a tutto il danno sofferto (1).

Più di una osservazione sorge spontanea sulla predetta costruzione. Dicasi formalismo giuridico, schematico, quello del codice, ma è il sistema della legge; e nessuno ha l'autorità di passarvi sopra come se non esistesse. La *massima tradizionale* non è un *preconcetto*, di cui possa farsi a meno; guai se al sistema della legge, quale chiaramente risulta dai suoi testi abbastanza chiari, si potesse sostituire un principio teorico, che può essere diverso secondo la diversità delle teorie; ovvero, anche apparendo lo stesso, possa essere applicato secondo le vedute scientifiche di ciascuno scrittore, senza determinazione di limiti certi, sicuri, per sapere dove cominci e dove finisca la responsabilità civile di ogni persona. Si può rovesciare la massima tradizionale e stabilire che un fatto *lecito* possa *in certi casi* impegnare la responsabilità di chi lo compie? Ma quali saranno questi casi? Sarà bastevole una regola generale così concepita?

Ma, quel che non ci persuade affatto si è come mai si possa parlare di una *nuova fonte* di obbligazione, da inquadrarsi fra quella del quasi contratto e l'altra del quasi delitto. Nessuna analogia sapremmo rinvenire nè con l'una nè coll'altra; e l'esempio del diritto romano non colpirebbe punto. Anzitutto, mancherebbe la ragione tutta propria del diritto romano, per cui accanto al contratto ed al delitto sorsero le due fonti di obbligazioni *quasi ex contractu* e *quasi ex delicto;* eppoi, le obbligazioni derivanti *ex delicto* e *quasi ex delicto* avevano comune il concetto della illiceità del fatto, e quindi potè essere invocata l'analogia. Ma, se accanto al quasi delitto (fatto illecito) collocheremo una fonte di obbligazione derivante da fatto *lecito*, *lecitissimo,*

(1) Monogr. cit., § 14.

Digitized by Google

la logica ne rimane vulnerata. Quale affinità, quale mezzo termine si potrà trovare tra il lecito e l'illecito? Basterà l'estendersi il risarcimento a *tutto il danno sofferto?* Ma ciò non accomunerà mai il fatto lecito a quello illecito, e bisogna conchiudere che la nuova fonte di obbligazione, quando verrà dal Codice ammessa, nulla avrà di comune nè col quasi contratto nè col quasi delitto.

18. *Ogni diritto leso deve essere risarcito.* « Tuttavia, osserva l'Orlando, tale affermazione, *troppo recisa* ed *eccessiva*, ci si presenta come una veduta affatto unilaterale, come manifestazione piuttosto confusa della necessità di reagire al vecchio istituto, o, anche come una maniera diversa di esporre quello che dicemmo il lato negativo dell'idea nuova, cioè l'indifferenza per l'elemento della colpa. Ma, per sè stessa, quell'affermazione non può, alla lettera, ammettersi come canone di diritto. Ora, come sempre, non potranno mancare i casi di danno (cioè di lesione di un diritto) non imputabile, e quindi non risarcibile: e ciò nel senso della teoria del caso fortuito e della forza maggiore che resta, in sè stessa, vera come prima, pur limitandosene alquanto il senso e la portata. Ma se un fulmine cagiona un incendio nel fondo di Tizio e da questo si propaga in quello di Cajo; ma se alcuno carica le sue merci su di una nave solidamente costrutta e ben comandata, la quale naufraga per violenta tempesta, perdendosi il carico; nessuno, ora come prima, penserà a ritenere Tizio o l'armatore responsabile verso Cajo o gl'interessati alla merce, pel danno da questi sofferto. *E di questi esempi se ne possono escogitare senza fine* » (1).

Senz'alcun dubbio, gli esempi sarebbero innumerevoli, quanti se ne potrebbero immaginare trattandosi di danni avvenuti per caso fortuito o forza maggiore. E se il principio regolatore continuerà ad essere quello del vecchio formalismo, cioè la non imputabilità di fronte al caso fortuito ed alla forza maggiore; se il principio continuerà ad essere vero ed applicabile come prima, in base a quale altro prin-

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

cipio, a quale altro criterio se ne limiterà alquanto il *senso e la portata?*

Qui sta il difficile, risponde coscienziosamente l'autore; bisogna ricercare l'elemento specifico di quella nuova forma di responsabilità, che pur prescinde dal necessario concorso della colpa. E tale elemento specifico viene riassunto nella seguente formula: « Chiunque nell'esercizio di un'intrapresa o di un'attività qualsiasi arrechi all'altrui diritto un danno che appaia conseguenza diretta o indiretta di quell'attività, deve questo danno risarcire, nulla importando se nell'evento dannoso l'agente non avesse peccato per negligenza o imprudenza, e quando anche l'evento stesso, isolatamente considerato, possa apparire dipendente da caso fortuito o da forza maggiore » (1).

Prima di vagliare questa formola, dobbiamo osservare come l'autore, nel ragionamento che la precede, parli di *casi di danno (cioè di lesione di un diritto) non imputabile, e quindi non risarcibile;* e sarebbe il danno derivante da caso fortuito o da forza maggiore. Ora, bisogna affermare come principio induscutibile, che in tali casi non sia a parlarsi di *lesione di diritto*, la quale implica necessariamente il concetto di un'attività umana che consumi la lesione, la *injuria.* Si ha danno, ma nessuna lesione di diritto, quando il danno sia l'effetto del caso fortuito. Riteniamo che ciò sia talmente intuitivo dal risparmiarci qualsiasi dimostrazione.

E chiarito un tal punto, domandiamo: come mai, pur rispettando il principio della non imputabilità pel danno avvenuto per caso fortuito o forza maggiore, lo volete rendere imputabile, sol perchè il danno verificossi nell'esercizio della mia attività, pur ammettendo che l'evento stesso, isolatamente considerato, possa apparire dipendente da caso fortuito o da forza maggiore? Può mai esservi una contraddizione più flagrante? E diciamo ancora: può esservi una ingiustizia più manifesta? Da una parte riconoscete gli esempi *senza fine* in cui il danno non è imputabile perchè derivante da caso fortuito o da forza maggiore, e dall'altra

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

mi ammettete come regola che io debba rispondere del danno anzidetto? Nemmeno ne limiterete il *senso* e la *portata?* E se ciò fosse possibile, con qual criterio il fareste?

19. Si può dimostrare, secondo l'autore, ampiamente, la giustizia del principio, o meglio la ragion teorica su cui esso riposa; e la radice di tal principio si trova in una verità di ordine economico, qual è quella del *rischio* a cui va soggetta ogni intrapresa, ogni forma di attività. Ogni imprenditore (presa la parola in tale *senso*) deve subire i *rischi*, gli eventi della impresa. Per nessuna ragione nè economica, nè giuridica, nè morale, i terzi estranei all'intrapresa debbono soffrire le conseguenze del caso fortuito che possa verificarsi nello svolgimento dell'impresa medesima; chi gode i lucri deve subire quelle conseguenze. « E ciò che si dice di un'*intrapresa* in senso stretto, vale, per identità di ragione, per qualsivoglia forma di attività individuale o collettiva » (1). Ecco il principio teorico, la ragion *comune* che determina tutte le nuove forme di responsabilità, tanto quelle dei padroni e committenti, quanto quelle delle società ferroviarie. Trattasi sempre dell'*impresa,* nel senso lato della parola; ogni forma di attività umana n'è compresa; e come ciascuno s'impromette un vantaggio dalla propria attività, in maniera diretta o indiretta esplicata, così deve rispondere del danno, comunque questo avvenga, anche per caso fortuito o per forza maggiore.

Qualcuno potrebbe domandare: ma perchè arrestarsi all'intrapresa? Dal momento che il rischio accompagna *ogni forma di attività*, al dir dell'autore, dovunque apparisce il caso fortuito o la forza maggiore, permane sempre la responsabilità dell'agente. La formola del principio è così generica da non lasciare alcun dubbio: chiunque nell'esercizio di un'*intrapresa o di un'attività qualsiasi,* e sia *che il danno appaia conseguenza diretta o indiretta di quell'attività.* Così, del caso fortuito o della forza maggiore non è più a parlare. Ed allora domandiamo: quali saranno « i casi di danno non imputabile e quindi non risarcibile, nel senso della

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

teoria del caso fortuito e della forza maggiore che resta, in sè stessa, vera come prima, pur limitandone alquanto il senso e la portata? (1). Ma sarebbe più logico invece domandare se, di fronte alla nuova teorica, possa esservi caso di danno non imputabile, se possa mai invocarsi dall'agente il caso fortuito e la forza maggiore: e la risposta non potrebbe essere che negativa. È ciò conforme a giustizia? Il principio economico del rischio, che accompagna le *imprese* di qualsiasi genere, potrà elevarsi a principio giuridico per implicare la responsabilità dell'agente anche di fronte al caso fortuito ed alla forza maggiore?

Noi ci limitiamo ad un breve esame dell'esempio tipico che adduce l'Orlando, e che bene studiato, giova a dimostrare a quali ingiuste, anzi perniciose conseguenze si arrivi col nuovo principio teorico.

« L'andare in carrozza, scrive l'autore, non è, certo, un fatto illecito e può anche presumersi che in generale venga compiuto con diligenza e perizia. Intanto, non è men vero che quel modo di locomozione implica un vantaggio per chi se ne serve, costituendo per questo un'industria, o un comodo o diletto. E, intanto, è pur vero che quell'industria, quel comodo, quel diletto implichino un rischio, che non sempre l'abilità e la preveggenza possono impedire; e del modo istesso che si son visti cavallerizzi valentissimi perire miseramente per l'improvviso imbizzarrire dell'animale, così si vedono cocchieri valentissimi non riuscire ad evitare dannosi investimenti. Rischio il primo caso, rischio il secondo; solo quest'ultimo è direttamente subìto da un terzo. Ma giustizia vuole che il danno gravi su chi il rischio ha voluto correre per vantaggio o comodo suo, nulla importando se sia veramente *colpevole*, secondo il diritto vigente. La responsabilità di chi dirige i cavalli, che la teoria classica cerca di stabilire forzando in maniera barocca gli elementi di fatto per trovare la colpa là dove spesso manca, diventa per il principio da noi esposto, ben semplice e chiara, e sopratutto, davvero generale » (2).

(1) Monogr. cit., § 14.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

20. Non occorrerà dunque indagare se chi diriga il cavallo sia colpevole; abbia pure usato tutta la diligenza, tutta la perizia possibile; sia pure esente da qualsiasi colpa, anche lievissima, sarà sempre responsabile pel caso fortuito e per la forza maggiore, perchè l'andare in carrozza implica possibilità di *rischio*, e quindi... si farebbe cosa più prudente andando a piedi. E così di ogni mezzo di locomozione, a cominciare dall'asinello paziente ed a finire all'automobile, e chi sa, forse, al pallone dirigibile! Ed allora, se prevalesse la novella teorica, l'attività umana dovrebbe esplicarsi con una perplessità affannosa, con un incubo spaventevole ed accorante di responsabilità per ogni accidente sul quale nessuna colpa sarebbe influita. Nessuno, per esempio, si avventurerebbe a maneggiare armi, perchè anche senza colpa, può essere prodotto danno ad altri; nessuno manipolerebbe veleni a qualsiasi scopo scientifico o industriale, perchè senza sua colpa altri potrebbe risentirne nocumento; e così potremmo moltiplicare gli esempi a nostro piacere perchè i danni per caso fortuito o forza maggiore sono *senza fine*. Da banda l'*impresa*, in senso lato o stretto che voglia assumersi la parola; consideriamo l'individuo, in quanto agisce ed opera senza fine economico, industriale, ma secondo i bisogni della vita quotidiana. Sarebbe conforme a giustizia questa teorica nuova? Sarebbe utile al civile consorzio? E sopratutto, sarebbe morale? Nol crediamo. È il concetto dell'*intrapresa* che predomina su tutta la teoria svolta dall'Orlando, il quale fa piegare questa veduta teorica sino al punto da renderla applicabile ad un'*attività qualsiasi*, il che vuol dire a tutta l'attività umana. L'idea sistematica soggioga l'autore in maniera evidente, a cominciare dalla nozione del *rischio* industriale, del rischio a cui si va soggetti nell'impiego delle forze produttive a *scopo di produzione* sino all'attività che consiste nel far uso di una carrozza. Ma nessuno può dubitare del *rischio della produzione;* tutto sta a vedere se il principio economico possa trasportarsi nel campo giuridico, e sovr'esso adagiare tutta intera una teorica sulla responsabilità civile, difforme da quella tradizionale che non riconosce responsabilità senza colpa.

Digitized by Google

È un principio giuridico quello di cui discorrono gli economisti; quello cioè che ogni imprenditore corre il rischio della impresa? Nemmeno per ombra; il *rischio* si riferisce alla perdita del profitto, dei capitali, degl'interessi, ecc. E lo riconosce lo stesso Orlando quando dice che vi possono essere eventi, per dir così, *attivi*, producenti cioè lucri, non di rado colossali, e *passivi*, producenti cioè spesa, diminuzione patrimoniale (1). Ma ogni elemento giuridico vi è estraneo, perchè la scienza economica non discute su ciò che riguarda responsabilità giuridica. Come mai adunque la scienza giuridica toglie in prestito un principio meramente economico, lo fa suo, e sovr'esso edifica tutta una teorica di responsabilità? Come mai da un rischio di *produzione*, che si riassume in lucri ed in perdite, si arriva sino ad un rischio che accompagna tutta l'attività umana, nelle molteplici sue esplicazioni, e che impone la responsabilità anche di fronte al caso fortuito ed alla forza maggiore? Manca qualsiasi nesso logico tra il principio economico e quello giuridico. Certo, i due elementi debbono sempre armonizzarsi, e di tale compito il legislatore dovrebbe tenere gran conto. Ma la teoria economica, nel gravissimo argomento che trattiamo, non può affatto invocarsi a sostrato di una teoria giuridica, perchè nulla ha da fare con questa, nemmeno come ausilio della più lontana analogia.

21. E poichè l'esattezza di un principio teorico si deve rivelare nelle svariate sue applicazioni, le quali debbono costituire la vera riprova dell'esattezza medesima, così vogliamo considerarlo nella sua applicazione agl'infortunii del lavoro. Nel contratto di lavoro, Orlando considera il rischio soltanto da parte del conduttore d'opera, dell'imprenditore. Accetta quanto afferma il Ferraris, cioè che il caso fortuito, in realtà sia un *prodotto inevitabile dell'industria stessa*, e che il padrone debba subirne le conseguenze, come *subisce le conseguenze o dello eccesso di produzione, che gli lascia invenduta parte della merce, o della*

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

deficiente domanda, o dei fallimenti degli intermediari (1). Accetta altresì quanto scrive il Fusinato, cioè che l'operaio a causa dell'abitudine di fare a fidanza coi pericoli, acquista una *confidenza temeraria* in essi, e gl'infortunii che derivano dalla *imprudenza debbono, per gli effetti, pareggiarsi a tutti quelli che nella industria medesima hanno la loro origine* (2). Ma se il rischio accompagna l'esercizio di ogni attività, perchè dovrà subirne le conseguenze soltanto il conduttore dell'opera e non il locatore? Contemplato il contratto di lavoro nella sua semplicità, questo trattamento diverso non si spiega, anzi è assolutamente ingiusto. È un rischio professionale? Ma allora dev'essere sopportato da chi esercita la profesione, dal locatore d'opera; ed ogni paragone col *rischio della produzione* è un concetto aprioristico, che la scienza giuridica non può accogliere. È un bel dire che nella maniera istessa in cui vi sono le perdite industriali ed i *guasti alle macchine*, vi debbono pure essere i *guasti agli operai* (3); ciò che interessa sapere si è se sopra tali concetti possa elevarsi una teoria di responsabilità. È indagine giuridica, non economica, ed è deplorevole che in una indagine così grave, si faccia astrazione da qualsiasi elemento giuridico! Ma, a noi preme far rilevare come la teoria del *rischio* riesca ad ingiuste conseguenze nelle sue applicazioni!

22. È la nuova teorica che distrugge l'elemento soggettivo della imputazione, alla quale, al dire di un illustre scrittore, abbiamo inteso applaudire come ad una grande scoperta, fatta da persone, senza dubbio coltissime ed acute, le cui concezioni possono per ciò stesso far presa ed essere pericolose (4). A proposito del limite infimo della colpa aquiliana, della difficoltà di determinarlo, si è argomentato per distruggere addirittura l'elemento soggettivo della imputazione. « Gli oppositori dei tricotomisti, così il Venezian,

---

(1) C. Ferraris, *L'assicurazione obbligatoria e la responsabilità dei padroni*, ecc.

(2) *Gli infortunî sul lavoro e il diritto civile.*

(3) Cogliolo, *Cod. dei trasporti ferr.*

(4) Ferrini, Monogr. cit.

Digitized by Google

tentarono malamente di assimilare la *culpa laevissima* della legge aquilia alla *culpa laevis in abstracto*, partendo dal preconcetto dell'unità fondamentale della colpa. La *laevissima* della legge Aquilia abbraccia ogni più leggera trascuranza, e non è esclusa che quando non si possa pensare ad una imputabilità dell'azione. Evidentemente, colpa intesa in questo senso ha una stretta affinità col nesso causale oggettivo fra il torto e il responsabile; tutta la casuistica del titolo *ad legem Aquiliam* verte sull'indagine del nesso causale e non si perde nei labirinti della coscienza. O che ci sta a fare l'elemento soggettivo dell'imputazione, questo re travicello della teoria della responsabilità, che sta in alto, a galla, e non passa mai nel fondo del suo reame? » (1).

Ma allora, domanda con ragione il Ferrini, che cosa deve fare il diritto se non badare al nesso apparente di causalità? « Ma (ed è qui che sta tutto l'errore delle contrarie affermazioni) ciò si fa in quanto si ritiene che a quel nesso apparente corrisponda la realta del processo psicologico, com'è infatti nei casi normali, ed è sempre libero provare che in effetto quel procedimento interiore, psicologico, non ha avuto luogo. Non è poi vero che sia così erronea l'equazione fra la colpa aquiliana e la *culpa laevis* in astratto, che s'incontra nel campo contrattuale. Poichè non solo per colpa s'intende un modo di operare, di agire, che è proprio dell'uomo come tale, prescindendo dalla categoria sistematica in cui il diritto colloca l'operazione sua; ma è evidente che il tipo che i giureconsulti romani hanno in vista e nell'uno e nell'altro caso è pur quello del *paterfamilias*. Nell'uno e nell'altro caso essi guardano a ciò che un padre di famiglia diligente avrebbe fatto, e se anche proprio nel titolo *ad legem Aquiliam* essi non discorrono letteralmente di *paterfamilias*, vi alludono abbastanza chiaramente, quando dicono: *culpa autem esse quod cum a diligente provideri potuerit non esset provisum* (fr. 31, Dig. 9, 2). Il *diligens*, il cui tipo viene assunto a confronto dal giurista non è che l'uomo normale, attento e provvido, ossia il *bonus paterfamilias*. Non si risale dunque a tipi ideali, non si esige il

(1) *Danno e risarcimento*. pag. 82 e segg.

Digitized by Google

confronto di un superuomo, non si bada ad un cieco rapporto di cause ad effetti; ma si guarda al tipo ordinario, concreto, eminentemente umano del *paterfamilias:* ognuno deve agire com'egli agisce; di più il diritto che è fatto per gli uomini e deve dare una norma per uomini, nè deve, nè può esigere. Per cui, come si dice nel fr. 30, § 4, si *omnia quae oportuit observavit... caret culpa.* La colpa vien meno quando il dovere è stato osservato e la debita (normale) diligenza è stata posta in opera. Il tipo anzi del *paterfamilias* è, ripetiamo, un tipo concreto: il *paterfamilias* vive, e noi lo incontriamo nella vita e nella società. Egli non si regola sempre e in ogni occasione nella medesima maniera; ora, secondo le occasioni, si limita a qualche più ovvio provvedimento; ora, invece, non si tien pago che delle più minute precauzioni; questo naturalmente, secondo la probabilità e la gravità del pericolo. Tutto questo deve tener presente il giudice, che, sciupata la testa sui libri, non deve dimenticare che cosa è la vita e che cosa essa richiede » (1). E le illustruzioni che il compianto scrittore fa dei diversi testi del Digesto che confermano il principio da lui così chiaramente svolto, son degne di essere ben meditate, come la conclusione: « Il fr. 44, in *lege Aquilia et laevissima culpa venit*, non può avere maggior significato in questa materia di quello che abbia in materia contrattuale l'appello al *diligentissimo* padre di famiglia o all'*esattissima* diligenza, in casi dove certo più non si esige dell'ordinaria cura e attenzione del *paterfamilias.* Ivi si accentua la sufficienza della mera colpa a costituire il delitto, e siccome generalmente anche nei delitti privati occorre il dolo, così è naturale che qui il giurista insista nella relativa tenuità dell'elemento subbiettivo richiesto; non dolo, non *culpa dolo proxima* si esige, anche una lievissima colpa può bastare. Nella versione greca dell'anonimo tali parole sono tradotte così: anche per una *leggiera negligenza* (*elaphra ameleia*) compete l'aquilia » (2).

---

(1) Monogr. cit., n. 60.

(2) Monogr. cit., n. 62. V. tuttavia le osservazioni che facciamo nel n. 36 sul tipo del *paterf.* in materia extracontr.

Digitized by Google

23. Il saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile, e che rivela un ingegno non comune, è stato scritto, come dichiara l'autore, a proposito della responsabilità diretta dello Stato; ed è logico che egli applichi a tale responsabilità il principio del *rischio.* L'attività dell'amministrazione pubblica è diretta al conseguimento dei fini dello Stato e si propone il giovamento dell'universalità dei cittadini; i *mezzi* necessari perchè questi fini si conseguano debbono dall'universalità dei cittadini essere prestati e gravare equamente su tutti i cittadini. « L'attività della pubblica amministrazione si può dunque considerare, o, per lo meno, presumere come diretta al giovamento della collettività; e, se nell'esplicarsi, nuoce il cittadino singolo, che ben si può in quel caso considerare come *terzo*, trovano luogo i termini precisi di fatto che riscontrammo nella nuova idea di responsabilità » (1).

Le stesse obbiezioni che abbiamo fatto al principio teorico della nuova dottrina possono essere rivolte, e con maggiore ragione, all'applicazione che se ne fa in ordine alla responsabilità della pubblica amministrazione. Diciamo con maggiore ragione, perchè se tra il principio economico del rischio della *produzione,* dell'*intrapresa,* ed il rischio di ogni altra specie di attività, sotto il punto di vista giuridico, nessuna analogia corre, tra quel rischio e l'attività della pubblica amministrazione havvi l'abisso. Se essa amministrazione agisce pel vantaggio di tutti i consociati, se indipendentemente da tal fine, non può averne altro (che altrimenti sarebbe fine a sè stessa), come mai le si può applicare la teoria del rischio? Secondo il nostro avviso, questa teoria non può in verun modo applicarsi alla responsabilità della pubblica amministrazione.

24. Il danno è elemento essenziale del quasi delitto? L'*injuria* o la violazione del diritto altrui e la *culpa* sono, secondo il Chironi, i due elementi, i due termini del quasi delitto. Che il fatto abbia o no prodotto danno, ciò è estraneo all'entità del quasi delitto, quantunque dia luogo alla respon-

(1) Monogr. cit.

Digitized by Google

sabilità. Bisogna distinguere due periodi: il primo è costituito dal quasi delitto e termina colla responsabilità; da questo si inizia il secondo, che termina col risarcimento del danno, se questo venga ad essere provato. Il secondo periodo è accessorio del primo, che costituisce la causa; se il quasi delitto sta senza il danno, il risarcimento senza il danno non si può concepire (1). Distingue lo stesso scrittore la violazione dalla *injuria* che ne risulta, e dice che così si dà il concetto del *fatto* (in senso lato), che posto poscia in relazione al diritto che ne vien leso, dà il *factum contra jus*. Chiama poi *danneggiamento* il fatto occasionante la *injuria* per distinguerlo dal danno, e così ragiona: « Danneggiamento, causa di danno o della possibilità di danno, è l'atto della violazione del diritto, che entra a costituire il quasi delitto; è termine della *ingiuria oggettiva*, che nella latitudine essa lo comprende insieme all'ingiuria; è l'ingiuria oggettiva stessa, se questa vale fatto ingiurioso. Tale atto *contra jus*, commesso con colpa (q. delitto), fa nascere nell'offeso il diritto contro l'offensore al risarcimento del danno, cosicchè se l'indennità è la conseguenza del quasi delitto, chi si fa a domandarla non può esimersi dallo stabilirne l'importare, tenendo a misura il danno sofferto; ma l'idea del danno non è di essenza pel quasi delitto, sibbene per il risarcimento che ne è conseguenza, giusta il principio che non può essere indennità dove non esiste il danno da reintegrare. Non si deve cioè confondere il risarcimento includente il danno effettivamente patito con la causa dell'obbligazione di risarcire e che è soltanto nel fatto (colposo) per cui si è manifestata l'ingiuria. La qual distinzione tra i due momenti in cui deve essere considerata l'ingiuria è tutt'altro che inutile; elemento del delitto o del quasi delitto è la violazione del diritto; conseguenza è la responsabilità, l'obbligo cioè di rispondere del danno che sarà dimostrato. L'applicazione di questo concetto si riferisce specialmente alla prova, perchè se a far nascere la responsabilità dell'autore della violazione basta dimostrare che venne commessa ingiuria (oggettiva o soggettiva), la

(1) *Colpa extrac.*. I, § 21, e II, § 402.

Digitized by Google

prova del danno dato tocca soltanto la liquidazione della indennità. Certamente potrà il convenuto opporre la mancanza non solo di danno, ma anche della sua possibilità; pure ciò non dà argomento contrario alla teoria propugnata, avvertendosi nella specie solo una eccezione rivolta a dimostrare che inutilmente dichiarerebbe il giudice l'obbligo di rispondere. Cosicchè i due termini *ingiuria colposa* e *risarcimento* stanno tra essi in rapporto di causalità; l'ingiuria produce l'obbligo di rispondere e però di risarcire; ma la dimostrazione del *danno* ha il suo posto in quest'ultimo sviluppo del fatto ingiurioso » (1).

25. La dottrina del Chironi è stata contraddetta dal Ferrini (2), secondo il quale non può sorgere la figura del quasi delitto senza che vi concorra l'esistenza del danno, che dà luogo al risarcimento. E non può non farsi omaggio alla dottrina dell'illustre e compianto scrittore, il quale bene osservava che in diritto civile le voci delitto e quasi delitto, come contratto e quasi contratto non hanno altro significato se non in quanto designano *fonti di obbligazione.* Ma nessuna obbligazione può nascere se danno non vi sia; e non nascendo l'obbligazione, non havvi figura di delitto o quasi delitto.

L'osservazione crediamo sia senza replica. Ed invero, ben può supporsi una violazione dell'altrui diritto, con animo deliberato, ovvero no, commessa, e che frattanto non dia luogo a risarcimento di danno; tanto che è stato con ragione ritenuto potersi dimostrare, nel giudizio di liquidazione, che nessun danno siasi verificato, malgrado la condanna generica al risarcimento, in sede civile o penale. In tale caso il giudice non fa che constatare la *injuria,* la violazione del diritto; ma tale constatazione potrà dar luogo alla reintegrazione del diritto violato, non mai a risarcimento di danno, se non si provi che danno siavi stato. Ed innumerevoli possono essere i casi in cui si può colposamente violare il diritto altrui, senza che si verifichi nè *lucrum*

(1) *Colpa extrac.*. I, n. 24 (6ª ediz.).
(2) Op. cit. in Dig. It., § 126, ed in Encicl. Giur., v. *Danni.* § 102.

Digitized by Google

cessans, nè *damnum emergens;* e ciò in materia contrattuale o fuori contratto. Ora, se il giudice si arresta all'accertamento della violazione del diritto, consumato con colpa dello agente, non ha per nulla accertato un quasi delitto, quale è riconosciuto dagli articoli 1151 e 1152 del Codice civile, cioè un fatto colposo, commesso *injuria* e che costituisce *fonte* di obbligazione.

Nè può suffragare la tesi contraria il sostituire alla parola *danno* quella di *danneggiamento*, che consisterebbe nell'atto di danneggiare. Anzitutto l'articolo 1151 parla di danno, e non è lecito all'interprete, anche ricostruendo una teoria giuridica, allontanarsi dalle espressioni usate nella legge e che rivelano chiaramente il concetto del legislatore. La legge parla di *danno*, il che presuppone un fatto consumato e che abbia prodotto diminuzione di patrimonio; ed allora soltanto havvi causa occasionante la *injuria*, nulla importando nè la causa, nè la possibilità del danno. Ed il concetto della possibilità viene escluso addirittura, perchè altrimenti dovremmo intendere l'articolo 1151 nel senso che qualunque fatto dell'uomo che possibilmente rechi danno, implichi l'obbligo del risarcimento; la quale interpretazione non risponderebbe nè al testo, nè allo spirito della legge.

Ma lo stesso Chironi non può negare che il danneggiamento sia l'ingiuria *oggettiva* stessa, cioè il fatto ingiurioso, e che tale atto fa nascere contro l'offeso il diritto al risarcimento del danno, e che se l'indennità è la conseguenza del quasi delitto, chi si faccia a domandarla non possa esimersi dallo stabilirne l'importare, tenendo a misura il danno sofferto. Se ciò è vero, come mai può dirsi che l'idea del danno non sia di essenza pel quasi delitto?

26. Minozzi accetta la dottrina sulla possibilità legale dell'esistenza del quasi delitto indipendentemente dal danno. La determinazione del danno concreto, egli dice, è un fatto susseguente all'esistenza del quasi delitto, ma non necessario; possiamo credere all'esistenza giuridica di un delitto civile o di un quasi delitto anche se il danno risarcibile non sia ancora determinato, giacchè non vi è dipendenza giuridica tra il principio giuridico del risarcimento ed il

Digitized by Google

risarcimento stesso. La confusione di questi due tempi pare al predetto scrittore dipenda dalla confusione che si fa tra il concetto di danno che costituisce il quasi delitto e quello del danno che costituisce l'obbietto dell'obbligazione di risarcimento. « Insomma il fatto colposo dell'uomo può, in molti casi, restare un fatto *contra jus*, pur non recando un danno oggettivo. Può esservi un fatto illegittimo e non dannoso; il fatto illegittimo darà luogo all'obbligo del risarcimento, la mancanza del danno renderà obbiettivamente nullo il risarcimento; ma non si neghera per ciò che una obbligazione per delitto o quasi delitto ha avuto, anche per un momento, vita giuridica, il che, negli intricati e spesso imprevedibili casi della costruzione giuridica, può avere la sua importanza » (1).

Ma esiste davvero la confusione tra il danno costituente il quasi delitto ed il danno che costituisce l'obbietto dell'obbligazione di risarcimento? Il danno non è che uno; se esiste, dà origine al quasi delitto; non vi dà origine se non esiste. Esistendo, fa sorgere l'obbligo del risarcimento, è fonte di obbligazione; ma il solo fatto colposo senza danno resta un fatto *contra jus*, ma semplice fatto illegittimo; ed i fatti illegittimi, in sè stessi considerati, non sono quasi delitti, e non è vero che diano luogo a risarcimento. E parimenti non è vero che la mancanza del danno rende obbiettivamente nullo il risarcimento, perchè se danno mai non siavi stato, nessun diritto a risarcimento originossi: non si annulla ciò che non ebbe mai esistenza. Se l'ebbe, non può averla perduta, perchè, sorta l'obbligazione, non può venir meno in verun momento; sorta, permane, e non si concepisce come possa essere esistita in un dato momento e poscia essere cessata. I due pretesi momenti nella formazione del quasi delitto non esistono; uno solo è il momento, quello cioè in cui vien consumato il fatto colposo e dannoso.

27. Riconosce il Minozzi che l'articolo 1151 Cod. civ. indica « i caratteri necessari nelle azioni ed omissioni per cui l'agente diventi obbligato a risarcire il danno, e con ciò

(1) *Del danno non patrimoniale*, parte V, cap. II, § 28.

Digitized by Google

definisce l'obbligazione civile per delitto e quasi delitto ». Riconosce ancora che « l'articolo non dica che se il danno non è esattamente valutabile non vi è obbligazione; ritiene invece che non vi è obbligazione solo se il fatto dell'uomo non reca *injuria* (danno), e se vi manca la colpa » (1). Queste affermazioni sono abbastanza sufficienti per condannare la dottrina seguita dall'autore. Se occorre che concorra il *danno* per sorgere l'obbligazione, il danno deve per ciò stesso essere un effetto del fatto consumato, indipendentemente dall'esatta estimazione del medesimo. Ma come l'autore immediatamente soggiunge che « l'articolo 1151, sia per lo spirito di tutta la nostra legislazione, sia per la sua storia che per la sua dizione, ci sembra autorizzi a due affermazioni: *a)* che la lesione colposa di qualunque bene giuridico costituisce un'obbligazione di risarcimento; *b)* che tale obbligazione esiste ed è giuridicamente indipendente dalla valutazione del danno a risarcirsi? » (2).

La valutazione del danno è un fatto che deve necessariamente influire sull'esistenza del quasi delitto. Si quistioni sull'*an debeatur* o sul *quantum debeatur*, è indifferente; la obbligazione non esiste se verun danno venga accertato, perchè ciò implica la inesistenza del quasi delitto, che sarebbe stata la fonte dell'obbligazione. Così, abbiamo sempre che l'esattezza della valutazione del danno non influisce sulla esistenza del quasi delitto; necessario è che un *danno* fosse esistito. Si provi un tal fatto contemporaneamente alla prova del fatto colposo, è indifferente; se non venga provato nè contemporaneamente, nè dopo, quasi delitto non è a dirsi che fosse mai esistito.

Il danno, lungi dall'essere conseguenza del quasi delitto, ne è la causa efficiente, ed uno solo è il momento in cui debb'essere considerata l'*ingiuria*. La violazione del diritto si verifica inquantochè un danno abbia luogo; ed il danno non deve andar confuso colla liquidazione, con l'ammontare del risarcimento. Del resto la quistione non sappiamo quale

(1) Loc. cit., § 29.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

importanza possa avere nella pratica; ma senza dubbio ha un'importanza teorica perchè si riferisce alla nozione del quasi delitto. E non crediamo che tale nozione sia ben data dal Chironi quando afferma che il quasi delitto, secondo la giurisprudenza e l'ordinamento legislativo che lo concerne « sia il fatto pel quale una persona (capace d'ingiuriare) operando senza malignità, ma con imprudenza non scusabile dà ingiuria non contrattuale ad altri » (1); e molto meno quando, volendo dare una definizione più concisa, lo fa consistere nella « colposa violazione di un diritto altrui, non commessa in relazione all'adempimento di un rapporto preesistente di obbligazione tra le parti » (2).

28. Nè nell'una, nè nell'altra definizione sorge chiaro il concetto del quasi delitto, come sorge in quella del Pothier e nella quale lo stesso Chironi riconosce essere determinato nettamente il contenuto della *injuria* colla voce *tort*, che vale ogni danno recato alle persone o alla proprietà indipendentemente da contratto (3). E, senza dubbio, il concetto del quasi delitto appare nitido nella definizione del Pothier: « le quasi délit est le fait par lequel une personne, sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à une autre. » E Chironi conviene che il *tort* è il danno dato alla persona od alla cosa. Ma sostituendo alla parola *tort* quella d'*injuria*, bisogna a questa attribuire un significato così vasto che comprende le violazioni del diritto ed il danno; ed allora bisogna riconoscere che il danno sia elemento necessario del quasi delitto.

Riconosce altresì il Chironi che tanto gli scrittori francesi quanto quelli patrii abbiano costantemente ritenuto che il fatto dannoso sia elemento essenziale del quasi delitto, e reputa esagerata l'opinione del Giorgi, secondo il quale il fatto non producendo danno, non costituisce mai quasi delitto, *sebbene produca tutte le violazioni giuridiche*

(1) *Colpa extrac.*, I. n. 19.
(2) Loc. cit.
(3) Loc. cit., nota.

Digitized by Google

del mondo (1). Insistendo nella propria opinione (2), si sforza di ritornare sopra gli argomenti già addotti, ma non riesce a persuaderci ». Che senza la prova del danno non sia possibile risarcimento, è vero, perchè non è possibile ristorare il patrimonio se non si dimostri che pel fatto ingiurioso avvenne la diminuzione cui con l'indennità si ripara...; il quasi delitto produrrà solo l'obbligo all'indennità, che sarà liquidata se vi è stato danno; e se danno non vi fu, all'ingiuria del delitto o del quasi delitto ciò nulla toglie » (3). Ma come mai può sorgere un obbligo ad indennità indipendentemente dal danno? Resta l'*injuria*, si dice, ma allora l'*injuria* non corrisponde al *tort* di Pothier?

Havvi però un argomento finale che stentiamo a comprendere. La teoria generalmente accolta, dice il Chironi, non si concilia colla pratica, « perchè se nulla al tempo del danneggiamento potesse valere a dimostrare che il danno debba avvenire, non si potrebbe tener parola di quasi delitto, e se una riserva venisse fatta, ciò non risponderebbe più al principio: da ciò il valore non puramente teoretico della distinzione tra la violazione (danneggiamento) e il danno, dei quali termini il fatto illecito è l'elemento proprio del delitto e del quasi delitto, ed il secondo concerne solo il risarcimento; sebbene il concetto della responsabilità debba poi congiungere i due termini così distinti in rapporto di causalità » (4).

Confessiamo di non comprendere bene l'argomento dell'illustre scrittore. Che significa il dire che al tempo del danneggiamento possa venire dimostrato che il danno *debba* o *non debba* avvenire e che una riserva possa essere fatta? Se trattasi di apprezzare un fatto avvenuto, certo non si può avere riguardo se non al momento della sua consumazione. E poichè il Chironi ci richiama alla pratica, noi ci permettiamo di brevemente analizzare ciò che nella pratica suole avvenire.

---

(1) Op. cit., V. n. 159.
(2) Op. cit., I, n. 24 *bis* (2ª ediz.).
(3) Loc. cit.
(4) Loc. cit.

Digitized by Google

Esempio. Esplodo il fucile in luogo frequentato da passanti, uno dei quali rimane ferito. Se costui esercita contro di me azione di risarcimento, la base dell'azione è il quasi delitto, egli non allega la semplice violazione del suo diritto alla integrità personale, tale diritto essendo il presupposto necessario di ogni azione di risarcimento. Ed appunto pel danno prodotto è sorto in me l'obbligo del risarcimento ed il fatto è stato qualificato quasi delitto. E, generalizzando, ogni attore in risarcimento non allega la violazione del diritto, salvo ad allegare il danno sofferto in un momento posteriore. Anzi, comincia dall'esporre il fatto, dal rilevare il danno risentitone e conchiude pel risarcimento. Nulla importa se alleghi o no la violazione del diritto, perchè questo è implicito nell'affermazione del danno che ogni attore sottintende essergli stato recato *contra jus*. Il che non toglie che il convenuto possa in seguito dimostrare che danno non siavi stato, o che il fatto sia avvenuto senza colpa, ma per caso fortuito. Se questa dimostrazione sarà fatta, vorrà dire che nessuna obbligazione sia sorta giammai nel convenuto, e non sorse perchè danno non fuvvi o perchè fu effetto di caso fortuito. Ma conseguenza di ciò si è che quasi delitto non ebbe mai esistenza.

Ecco quel che avviene nella pratica. Con la dottrina del Chironi invece l'istesso fatto che costituisce fonte di obbligazione viene scisso in due momenti. « Perchè la violazione ingiusta del diritto induce la responsabilità, l'offeso dovrà dimostrare la lesione ingiuriosa a fine di ottenere questo risultato: il danno dovrà provarlo nell'esistenza e quantità pretesa nel momento della liquidazione, che può farsi nel medesimo giudizio o separatamente ». Ma l'autore immediatamente soggiunge che « tal secondo momento può impedire che venga opponendo fin dal primo che il fatto giuridico non contiene danno possibile, onde inutile è lo svolgimento che a questo primo momento si vorrebbe dare ». Nulla di più vero; però sarà altresì vero che « il danno non entra nei termini essenziali all'esistenza del fatto illecito, nè l'offeso deve dimostrarlo almeno come possibile, per la dichiarazione di responsabilità a carico dell'offen

Digitized by Google

sore » (1). Ma ci accorgiamo di esserci soffermati troppo sopra una costruzione che non soddisfa nè la dottrina, nè la pratica.

29. E respingendo la dottrina predetta, coerentemente a quanto abbiamo detto, diciamo che il danno, quale elemento essenziale del quasi delitto, debb'essere provato in maniera specifica da chi esercita l'azione di risarcimento, malgrado che abbia avuto luogo condanna generica (2). La condanna generica non implica che necessariamente debba esistere il danno, e nel giudizio di liquidazione ben può dimostrarsi, tanto pel delitto quanto pel quasi delitto, che danno non siavi stato (3), quantunque la sentenza che genericamente abbia condannato al risarcimento fosse passata in giudicato (4). Non si dubitò mai, osserva il Giorgi (5), che sentenze di simil genere, anche passate in giudicato, non costituissero cosa giudicata sull'esistenza del danno (6).

E fa meraviglia che la Suprema Corte napoletana abbia potuto ritenere che la sentenza, la quale condanna ai danni da liquidarsi in separata sede, debba motivare se effettivamente i danni esistano, nè possa su questo punto rinviare (7). La condanna generica è subordinata sempre alla dimostrazione specifica della esistenza del danno derivato dal fatto illecito, e si giustifica colla necessità di non agevolare al danneggiato l'effettivo risarcimento del danno; perchè in base a sentenza di condanna generica può farsi iscrivere ipoteca giudiziale sui beni dell'autore del danno, la quale garanzia spesso potrebbe venir meno nelle more del

---

(1) Op. cit., I, n. 24 *bis*, nota.

(2) Cassaz. Firenze, 19 agosto 1887 (*Giur. It.*, 1887, 232); Genova, 28 febbr. 1899 (*Ibid.*, 1899, 504); Trani, 27 ott. 1899 (*Riv. Trani*, 1900, 31).

(3) Torino, 25 ottobre 1905 (*La Giurispr.*, 1905, 1493).

(4) Milano, 8 marzo 1897 (*Giorn. Trib.*, 1897, 671); Venezia, 20 dic. 1902 (*Dir. e Giur.*, XVIII, 797); Cagliari, 2 febbr. 1903 (*Giur. Sarda*, 1903, 79); Messina, 20 luglio 1904 (*Foro Sic.*, 1904, 126).

(5) Op. cit., V, n. 216.

(6) E cita Fabro, *ad Cod.*, lib. VII, tit. XVI, def. VI.

(7) Decisione 3 novembre 1900 (*La Legge*, 1901, 1, 159).

Digitized by Google

giudizio di liquidazione. Di conseguenza, la legge da una parte astrae dall'*attualità* del danno, permettendo che l'asserto danneggiato si costituisca parte civile sulla semplice *possibilità* del danno (1); d'altra parte, quando il giudice penale ed anche quello civile non abbiano elementi sicuri per la valutazione del danno, permette la condanna generica salvo la liquidazione. Nella costituzione di parte civile una dimostrazione *a priori* del danno non può essere data; è l'indole stessa del fatto che si presenta come possibilmente produttivo di conseguenze dannose, ed il magistrato, nell'ammettere la costituzione di parte civile, deve arrestarsi a tale possibilità.

30. Il danno deve essere conseguenza diretta della colpa, di qualunque grado questa possa essere; in altri termini deve esservi quella relazione che havvi tra l'effetto e la sua causa (2). Questa indagine sfugge a censura di Cassazione perchè si risolve in apprezzamento di fatto (3); ma la sentenza che difettasse di tale motivazione dovrebb'essere annullata (4).

31. Abbiamo detto che la colpa sia elemento essenziale del quasi delitto; e la colpa può essere di qualsiasi entità: *in lege Aquilia etiam laevissima culpa venit* (5). « Tutte le perdite e tutti i danni che possono accadere per fatto di

---

(1) Cass. Roma, 9 aprile 1904 (*Riv. Pen.*, 1904, 232); Cass. Firenze, 9 marzo 1905 (*Ann.*. 1905, 341).

(2) Sourdat, n. 650 *bis*. Cass. Torino, 1° luglio 1876 (*La Giur.*. 1876, 660); 15 marzo 1882 (*Cass. Tor.*. 1882, 1, 209); Cass. Napoli, 15 febbr. 1889 (*Gazz. Proc.*. 1889, 87); Venezia, 14 giugno 1898 (*T. Ven.*. 1898, 591); Palermo, 8 febbr. 1895 (*Foro Sic.*, 1895, 71); Torino, 27 febbr. 1895 (*Giur. It.*. 1895, 338); Cass. Torino, 5 febbr. 1900 (*Ibid.*. 1900, 187); Trani, 18 agosto 1902 (*Riv. Trani*, 1902, 864); 18 genn. 1902 (*Ibid.*. 1902, 263); Cass. Roma, 12 agosto 1903 (*Giur. It.*. 1903, 1016); Cass. Napoli, 26 marzo 1903 (*Gazz. Proc.*. 1903, 145); Catania, 27 febbr. 1903 (*Giur. Cat.*. 1903, 95); Cass. Palermo, 26 luglio 1904 (*Foro Sic.*, 1904, 688); Cass. Torino, 31 dic. 1903 (*La Giurispr.*, 1904, 317).

(3) Cassaz. Roma, 12 marzo 1896 (*C. S. Rom.*, 1896, 2, 185).

(4) Cassaz. Roma, 5 settembre 1892 (*Foro It.*, 1892, 1, 998).

(5) Fr. 44, Dig., 9, 2.

Digitized by Google

qualche persona, sia per imprudenza, per leggerezza, per ignoranza di ciò che si deve sapere, sia per altre simili colpe lievissime, debbono essere riparati da quello la cui imprudenza o altra colpa vi abbia dato luogo, poichè ha sempre commesso un'ingiustizia, sebbene non abbia avuto intenzione di nuocere » (1).

La legge non definisce la colpa contrattuale e quella extracontrattuale o aquiliana, e da ciò qualche scrittore ha indotto che l'interprete si trovi molto imbarazzato. « Senza disconoscere il metodo dei nuovi studi, dice il Giorgi, la distinzione tra colpa contrattuale ed extracontrattuale è argomento difficile per la oscurità della legge, e non ha guadagnato nè in chiarezza, nè in semplicità. Non lo ha reso più chiaro il metodo di trattare come questioni di puro diritto talune ricerche dominate da un dato criterio di apprezzamento che la legge confida alla discrezione del giudice. Colpa grave, lieve, lievissima, diligenza del buon padre di famiglia, previsione o imprevedibilità, conseguenza diretta o indiretta della colpa, sono frasi che non acquistano valore concreto se non si trasportano nel campo dei fatti, e non si dimanda se il tale o tal altro fatto, la tale o tal altra mancanza costituiscano una colpa grave o leggera; se il tale o tal altro danno ne sono conseguenze dirette o indirette, previste o non previste, e via discorrendo. Finchè la legge non definisce la portata giuridica di questi concetti la disputa diretta a determinare la differenza tra la colpa contrattuale e non contrattuale restano combattimenti di parole. Non si vince nè da una parte, nè dall'altra e le quistioni non si schiariscono » (2). Ma, ad onore del vero, siffatte preoccupazioni del Giorgi non si giustificano.

Anzitutto, notiamo che a nessuno scrittore sia passato per mente di trattare come quistione di puro diritto tutto ciò che è lasciato all'apprezzamento del giudice. Eppoi, la legge non dà che i criteri generali sulla colpa contrattuale; spetta al giudice applicarli ai singoli casi. Quale combat-

---

(1) Domat, op. cit., p. I, lib. II, tit. VIII, sez. 4ª, § 1; Conf. Pothier, *Oblig.*, n. 116; Toullier, op. cit., n. 153; Sourdat, op. cit., n. 655.

(2) Op. cit., V, n. 140, nota.

Digitized by Google

timento di parole può sorgere per determinare la distinzione tra la colpa contrattuale e quella aquiliana? Nessuno; ed a dimostrarlo non possiamo altro che riferire la distinzione nettamente fatta dallo stesso scrittore: « Tanto la colpa contrattuale, e quando parliamo di colpa intendiamo anche il dolo, quanto quella fuori di contratto sono violazioni di un obbligo giuridico. Ma differiscono nell'obbietto. L'obbligazione violata colla prima nasce da un contratto e presuppone perciò un patto preesistente che determina la natura particolare e l'estensione dell'obbligazione e talvolta gradua la colpa. Quindi la necessità di regole relative alla gradazione della colpa contrattuale. Tutto ciò non avviene quando manca il contratto e la colpa promana *ex nunc* da una violazione dell'obbligo sociale di non offendere. Mancando il patto, esula la possibilità di ogni gradazione concordata fra le parti, o almeno richiesta dalla natura particolare di certi contratti. Ed ecco perchè tra le regole comuni a tutte le colpe contrattuali, si conoscono delle regole particolarmente ristrette alla colpa contrattuale » (1).

Ebbene, v'è bisogno che la legge definisca la portata dei concetti riguardanti la gradazione della colpa perchè si possa discernere quella contrattuale da quella aquiliana? Ed il legislatore sarà costretto a far di un Codice un trattato scientifico?

32. Giorgi rimprovera al legislatore italiano l'aver confuso in un solo capitolo alcune regole comuni ai due tipi di colpa; e soggiunge tosto che « restano inapplicabili alle obbligazioni extracontrattuali tutte le disposizioni del Codice le quali presuppongono un contratto » (2). Dunque resta solo ad indagare quali delle disposizioni del capo III del libro III del Codice civile possa essere applicabile quando trattasi di colpa aquiliana; e di queste indagini l'autore si occupa al par d'ogni altro. Il doppio carattere, contrattuale ed extracontrattuale, può concorrere nella colpa quando l'inadempimento del contratto costituisca un reato punibile,

(1) Op. cit., V, n. 140.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

sia a querela pubblica, sia a querela di parte. Quando il legislatore considera tanto grave un dato inadempimento contrattuale da colpirlo di pena, gl'imprime il carattere di un delitto penale che *a fortiori* comprende delitto civile, e sarebbe irragionevole pensare che con ciò abbia inteso privare il creditore degli altri diritti assicuratigli dal contratto (1). E reca l'esempio dell'incendio dolosamente appiccato dall'inquilino, del trafugamento del deposito consumato dal depositario, dell'abuso di foglio in bianco, della truffa del creditore, ecc. « in cui sono altrettante colpe, le quali hanno il doppio carattere d'inadempimento contrattuale e di danno arrecato per fatto illecito ».

È a notare, prima d'ogni altro, che in tutti gli addotti esempi di fatti illeciti si tratta di dolo e non di colpa. Ma, in generale, sino a quando la violazione del contratto non costituisca reato, si rimane nei termini puri e semplici della responsabilità contrattuale, cioè della semplice colpa o del delitto civile (2). Si oltrepassa però la cerchia della responsabilità contrattuale quando il fatto illecito costituisca reato. Così, l'inquilino che appicca il fuoco alla casa locatagli viola non solo il contratto, ma reca un danno che non era nelle previsioni a cui va soggetto qualsiasi contratto di locazione. Indipendentemente quindi dal contratto, siccome da ogni reato deriva l'azione civile pel risarcimento del danno, il locatore può scegliere o l'azione extracontrattuale o quella derivante dal reato per cui abbia sofferto il danno. Lo stesso pel fatto colposo quando costituisca reato; ma, come osserva il Giorgi, allora è applicabile la regola per cui *electa una via, non datur recursus ad alteram.* Però lo stesso scrittore riconosce che se il fatto colposo non costituisca reato, la colpa non possa mai risentire il carattere di contrattuale ed extracontrattuale. « È colpa contrattuale qualora consista nell'inadempimento di qualche obbligo

(1) Op. cit., n. 140 *ter*.

(2) Ed è stato quindi giudicato che l'art. 1151 non possa applicarsi alla inesecuzione dei patti contrattuali. Cassaz. Palermo, 14 gennaio 1869 (*Gazz. Trib. Gen.*, XXI, 1, 369); Brescia 9 settembre 1868 (*Mon. Trib.*, X, 495); Firenze, 5 giugno 1877 (*Foro It.*, 1877, 1, 1140); Cassaz. Roma, 9 luglio 1879 (*Ibid.*, 1879, 1, 1003).

Digitized by Google

contrattuale, sebbene corrispondente ad una obbligazione di non violare diritti e doveri già preesistenti; è colpa aquiliana qualora non costituisca inadempimento contrattuale, quantunque sia stata commessa in occasione del contratto » (1). È a ritenersi quindi che nell'esistenza di contratto non sia a parlarsi di colpa *ex delicto* o *quasi ex delicto* (2).

Secondo il Giorgi, la colpa aquiliana sarebbe il genere, quella contrattuale la specie « in quanto può il contratto, anche nel suo contenuto implicito, sanzionare la responsabilità aquiliana, o con patto esplicito renderla indefinitamente più grave o invece attenuarla finchè secondo la legge sia lecito. Ora, la specie prevale sempre al genere. Bisogna dunque precisare il *quid actum sit*, il *quid partes censerunt;* ed una volta accertato che il contenuto del contratto conferma la responsabilità aquiliana, oppure che le parti vollero in più o in meno modificarla, ci sembra che la colpa e l'azione contrattuale debbano prevalere » (3).

Tali affermazioni parci manchino di esattezza. Non comprendiamo da quale principio possa desumersi che la colpa aquiliana sia il genere e quella contrattuale la specie. Eppoi, quand'anche nel contratto si preveda la colpa aquiliana, non si può pattuire sugli effetti della medesima, modificandoli a piacere, in maniera che abbia la prevalenza or la colpa contrattuale, or l'aquiliana. Nell'esistenza del contratto, e sempre che il fatto dannoso non costituisca reato, la colpa è sempre contrattuale.

33. E non senza ragione abbiamo detto che non si possa pattuire sulle conseguenze della colpa aquiliana. Patto di irresponsabilità o di limitata responsabilità per colpa extracontrattuale non è attendibile, perchè come ben osserva il Chironi, tenderebbe a stabilire la violazione della legge, sarebbe concessione di essere imprudente, di commettere ingiuria, « un nuovo ordinamento sostituito dalla volontà

---

(1) Loc. cit.

(2) V. Chironi, *Colpa extrac.*, I, n. 16 e 17; Gabba, nel *Foro It.*, 1899, 1, 926; Manara, nella *Giurispr. It.*, 1896, 2, 645.

(3) Op. cit., V, n. 140 *ter*.

Digitized by Google

particolare a quello che nell'interesse sociale la volontà generale ha fissato » (1). Le conseguenze della colpa aquiliana si possono modificare, relativamente all'indennizzo, soltanto dopo il fatto commesso (2). Ed il predetto scrittore fa rilevare con ragione il grave errore di credere possibile il concorso di colpa contrattuale e di colpa aquiliana, come ha fatto qualche Corte di Cassazione (3), ritenendo che pei danni non prevedibili al tempo del contratto competa azione per colpa aquiliana (4). In seguito faremo importante applicazione del principio che esclude la possibilità del concorso della colpa contrattuale e di quella aquiliana.

34. Chironi respinge la dottrina secondo la quale il risarcimento andrebbe proporzionato alla gravità della colpa. Ed invero, quantunque questa dottrina sia stata applicata dal Codice federale svizzero (art. 51) e ammessa da qualche scrittore francese, come il Sourdat (5), essa non può accogliersi, perchè tanto la legge francese quanto l'italiana stabiliscono l'obbligo del risarcimento per qualunque danno commesso con colpa, e quindi anche con colpa lievissima. Ora, attribuendo al giudice facoltà di apprezzare l'entità della colpa, si perverrebbe alla conseguenza della non responsabilità nei casi in cui minimo sia il grado della colpa (6).

35. Ma, quantunque non si possa parlare di gradazione di colpa aquiliana, domanda Chironi qual tipo di diligenza si debba togliere a fine di determinare l'entità della colpa suddetta. La quistione, egli dice, ha molta gravità, perchè posto il principio, conviene coordinarvi debitamente le applicazioni; al che forse la dottrina, secondo l'illustre scrittore, non ha compiutamente e sempre correttamente provveduto (7). Ricorda le opinioni di quegli scrittori che

(1) Op. cit., § 57.
(2) Chironi, loc. cit., § 57 *bis*.
(3) Cassaz. Torino, 29 agosto 1900 (*Legge*. 1901, 380).
(4) Op. cit., § 61 *bis*.
(5) Op. cit., n. 680.
(6) Op. cit., I, n. 126.
(7) Op. cit., n. 36.

Digitized by Google

ritennero doversi apprezzare la colpa *in abstracto*, e critica la detta opinione perchè con essa si attribuisce al giudice il potere di *valutare* l'entità della colpa nella liquidazione dell'indennità; il che dà luogo, se non direttamente, indirettamente, ad apprezzare la diligenza in *concreto*.

Parci che in materia di colpa aquiliana miglior partito sia quello di abbandonare certi concetti che forse possono essere applicabili alla colpa contrattuale. Se in materia di quasi delitto si risponde anche della colpa lievissima, a che parlare della diligenza del *bonus paterfamilias*, del criterio misuratore della colpa? Ciò ammettendo si genera una confusione dove non v'è ragione perchè esista. Chironi, dopo di avere affermato (1) che non sia a parlarsi nella colpa aquiliana di colpa in concreto, scrive: « Epperò nel quasi delitto, la colpa viene valutata *in abstracto*, non perchè, come si dirà ora ricercandone il grado, si abbia quel criterio estimatore la diligenza ordinaria del *buon padre di famiglia*, ben potendosi rappresentare la diligenza esattissima, massima, oltre la quale non par possibile trovare e determinare colpa, col tipo del *diligentissimo* padre di famiglia: sibbene perchè la figura del buon padre di famiglia è indice misuratore della diligenza e della colpa, qualunque sia il grado della diligenza che secondo questo tipo sia fissata. Si potrebbe pure non ricorrere a queste *locuzioni*, che per molti sentono meglio che di antico, addirittura di arcaico, e dire che se nonostante l'impiego della massima diligenza, le conseguenze del fatto fossero imprevedibili, mancherebbero la imputabilità e la colpa; ma questa diligenza che esclude pel tipo speciale di confronto che la determina quella che si ha *in rebus suis* (d. *in abstracto*), si è costantemente chiamata d. *in abstracto*, e la figura del *bonus paterfamilias* ne ha sempre costituita e formata l'entità » (2).

36. Dall'anzidetto può argomentarsi quanto lo stesso Chironi sia perplesso ad ammettere nella colpa aquiliana il criterio del *buon padre di famiglia*. Se di qualunque colpa

(1) *Colpa extr.*. I, n. 40.
(2) Op. cit., I, n. 40 *bis*.

Digitized by Google

si deve tener conto, anche della minima, a che pro occuparci del criterio misuratore della colpa, del tipo del *buon padre di famiglia?* Ciò non solo è inutile, ma può alterare il criterio di valutazione della colpa aquiliana. Ed eccone l'esempio che ci appresta lo stesso scrittore:

« È dunque colpa costituente il fatto illecito l'omissione della diligenza del buon padre di famiglia, e sebbene a costituire il quasi delitto (pel grado speciale di diligenza e di colpa di cui ora si dirà) occorra l'omissione riferita al tipo del *padre di famiglia diligentissimo*, la determinazione rimane sempre fatta *in abstracto;* vien fatto cioè riferimento non alla diligenza ordinaria del buon padre di famiglia, alla cura che nella situazione dell'agente di fronte all'offeso avesse tenuto la comune degli uomini, ma a quella eccezionale che persone più diligenti di quel che la media degli uomini non sia, avrebbe impiegato. Cosicchè il criterio determinante la colpa è dato sempre dalla medesima creazione astratta, dalla configurazione che è fatta dallo stesso tipo ideale, e consiste tutto nel ricercare in qual modo si sarebbe comportato un uomo che, conducendosi come la maggior parte degli uomini fa, si fosse trovato nella identica posizione giuridica dell'agente rimpetto all'offeso (diligenza ordinaria del buon padre di famiglia), oppure in che maniera si sarebbe condotto un uomo che, operando in modo più diligente di quello cui la comune degli uomini non sia usa, si fosse trovato nelle identiche circostanze, nell'identica condizione in cui l'agente si trovava rimpetto all'offeso, quando nella sua azione commise il fatto illecito » (1).

Ma qui la confusione è evidente. Neghiamo assolutamente che la colpa costituente il fatto illecito consista nell'omissione della diligenza del *buon padre di famiglia;* ed implicitamente lo nega l'autore quando lascia d'un tratto quel tipo e ci presenta quello del padre di famiglia diligentissimo, e nondimeno ritiene che la determinazione della colpa rimanga fatta sempre *in abstracto*, anche riferendosi alla diligenza eccezionale che supera quella della comune

(1) Op. cit., I, n. 41.

Digitized by Google

degli uomini. Ed allora, se devesi vagliare questa diligenza eccezionale, perchè dovremmo vedere come si sarebbe comportato un uomo che avesse agito come la maggior parte degli uomini? E se questa è l'indagine, perchè dovremmo vedere come avrebbe agito un uomo operante in modo più diligente della comune degli uomini?

Ecco le conseguenze dell'aver voluto ricorrere a concetti assolutamente estranei all'apprezzamento della colpa aquiliana; e lo rivela il Chironi medesimo, perchè quanto scrive nei paragrafi 44 e seguenti dell'opera citata può dirsi una protesta avverso quanto da lui è stato insegnato nei paragrafi precedenti. Infatti, afferma doversi stare al concetto romano per cui nella legge Aquilia *et laevissima culpa venit;* accetta la comune dottrina che esclude qualsiasi gradazione nella colpa aquiliana (1), e riconosce che « tra il concetto che fissa il limite estremo della colpa e quello della non graduabilità non esiste contrarietà, sibbene consonanza ». Ed allora a che occuparci per stabilire il tipo ideale di diligenza? A che preoccuparci se la colpa debb'essere, nei quasi delitti, *in abstracto* o *in concreto?* Basta che la colpa ci sia per dare origine alla responsabilità dello agente; ogni altra indagine è superflua.

37. E noi facciamo omaggio a quanto insegna il Chironi in ordine all'apprezzamento della colpa aquiliana, cioè che bisogna respingere l'opinione di qualche scrittore, il quale vorrebbe esclusa la responsabilità nei casi di colpa *estremamente lieve*, perchè a questo modo s'introdurrebbe una distinzione tra la colpa leggerissima e l'estremamente leggera, e di cui non havvi traccia nella legge (2). E respingiamo anche noi l'opinione di qualche scrittore (3), che vorrebbe tener conto della responsabilità per fatto proprio o per fatto altrui, nel fine della maggiore o minore severità

(1) V. gli scrittori citati in nota al § 44.

(2) V. op. cit., § 44. L'autore cita come sostenitori di tale opinione Sourdat (n. 657) e Proudhon (n. 1513). In quanto al primo è inesatto che sostenga l'opinione attribuitagli; il secondo, pur sostenendola, non trae argomento se non dalla colpa contrattuale.

(3) Laurent, XX, n. 564.

Digitized by Google

nella valutazione della colpa; e di altri (1), che vorrebbero attribuire al giudice un potere moderatore per determinare i danni, tenendo in conto il grado della colpa, perchè il giudice deve rispettare la legge, per quanto dura possa essere. E su quest'ultimo punto ci piace di riferire testualmente l'insegnamento dell'illustre scrittore, e che accettiamo senza alcuna riserva. « Questa teoria, egli dice, che è suggestiva per l'*equità* onde avrebbe origine, pecca di grave contraddizione in confronto alla legge, e rispetto ai termini in cui è condotta. E che non risponda alla legge, risulta dal suo stesso insegnamento, dall'aversi cioè quasi delitto, nonostante l'estrema leggerezza della colpa: che poi involga sentenza contradditoria, si vedrà quando si ponga a confronto di questa l'altra proposizione del potere attribuito al giudice intorno la liquidazione del danno. Come! la leggerezza della colpa non toglie il quasi delitto, ma il giudice può occuparsi della sua maggiore o minore entità nello stabilire a quanto salga l'indennizzo! Che il giudice di fatto possa sovranamente affermare se nel caso sottoposto alla sua decisione vi sia colpa, è certo: ma la dottrina esposta gli dà un diritto estesissimo, lasciando in balìa del suo apprezzamento la misura di ciò che è conseguenza della responsabilità incorsa a seconda della entità della colpa; la graduabilità, esclusa dal principio accolto, rientra poi nell'applicazione di esso. A che scopo affermare anche pel diritto odierno la norma *in lege Aquilia et laevissima culpa venit*, se col riferirsi all'arbitrio del magistrato si pone la incertezza nel luogo di una regola così ben definita? Al solo limite voluto dal diritto è sostituito il giudizio sul fatto che, secondo i casi, potrà condurre anche alla valutazione della diligenza in concreto. Qneste le gravi conseguenze del volere subordinare i principii e la loro logica applicazione ad un criterio di equità, della cui virtù limitatrice non è nella legge generale sulla colpa aquiliana traccia veruna » (2).

E questa parci la migliore riprova della esattezza dei nostri precedenti ragionari sulla dottrina dell'illustre scrit-

(1) Larombière, Demolombe, Giorgi, loc. cit.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

tore. Nessuna gradazione nella colpa aquiliana. A coloro che invocano ragioni di equità, come desunte dallo spirito che informa le odierne legislazioni, ben si può rispondere: chi dà *ingiuria* e la dà con colpa a lui imputabile, per quanto leggera, estremamente leggera tal colpa sia, è tenuto a risponderne (1). All'infuori dei rapporti contrattuali, misura dell'operare umano nella civile società è la possibilità di offendere il diritto altrui; il criterio è quello della diligenza esattissima, quello del diligentissimo padre di famiglia (2).

38. Per quanto lievissima però possa essere la colpa che dà luogo a risarcimento, essa debb'essere percettibile; chè se non fosse tale de potere essere apprezzata, allora rimane dubbio se colpa ci sia, e nel dubbio nessuna condanna può essere pronunziata (3).

Giorgi riconosce che nella materia extracontrattuale ogni colpa, qualunque essa sia, basta a sottoporre a responsabilità civile. Ma, di fronte al silenzio della legge, quale sarà il compito della dottrina? « Quando si è detto che ognuno è tenuto a condursi con la buona fede e la prudenza richiesta in una persona dabbene e secondo le sue condizioni morali per non offendere altri, in teoria si è detto tutto » (4). Ma a noi pare che non siasi detto bene.

Anzitutto, nel concetto della colpa non bisogna introdurre quello della buona fede, perchè sono due concetti d'indole diversa, la credenza di bene operare nulla potendo influire sull'avere operato con imprudenza o con negligenza, nel fine di attenuare le conseguenze della colpa. Ma, quel che è più, come mai ci si può presentare, in materia di colpa aquiliana, la *persona dabbene* come tipo per apprezzare la colpa? Sarebbe il *bonus paterfamilias?* Se, come lo stesso Giorgi riconosce, si risponde anche della colpa lievissima, non può ricorrersi ad alcun tipo come nella colpa contrattuale, che è suscettiva di gradazione.

---

(1) Chironi, op. cit., n. 45.
(2) Chironi, op. cit., § 46 *bis*.
(3) Cassaz. Torino, 1° dicembre 1887 (*Filang.*, 1888, 158).
(4) Op. cit., V. n. 149.

Digitized by Google

Giorgi vuol rispondere a coloro i quali hanno dubitato se la colpa lievissima sia imputabile, ed osserva con ragione che non è possibile introdurre negli articoli 1151 e 1152 del Cod. civ. nè distinzione, nè limite, in maniera che « la disputa rimanga accademica, postochè non è per anco stabilito con criterio scientifico che cosa sia la colpa lievissima o la diligenza del buon padre di famiglia » (1). Orbene, non occupandoci di quest'ultima diligenza, che cosa può dire la dottrina riguardo alla colpa lievissima? Si vuole una definizione che, al pari di ogni altra, sia pericolosa? Ma anzichè definire certi concetti è miglior cosa di chiarirli con altro metodo logico. E domandiamo quale differenza siavi tra questi due concetti; in materia extracontrattuale si risponde anche di colpa lievissima; in materia extracontrattuale si riponde di qualsiasi colpa. Nessuna differenza può esservi tra le due affermazioni; il confine della colpa cosidetta lievissima non può trovarsi se non in quella linea estrema, al di là della quale colpa non può più ravvisarsi.

Certo, tale linea è spesso difficile a segnarsi perchè non è possibile quel criterio scientifico che non è per anco stabilito, secondo il Giorgi, e che non è a sperare possa esserlo nell'avvenire. Invece, compito del giudice sarà quello di determinare, in ogni singolo caso, se siavi stata colpa, cioè imprudenza o negligenza. Riscontrandole, dovrà necessariamente ritenere la responsabilità dell'agente. Ma andrà così proscritta la distinzione tra colpe perdonabili e colpe non perdonabili?

Da una parte si è ammesso che, in materia extracontrattuale, si risponde anche della colpa lievissima; dall'altra si è cercato di dare ai giudici criterii malsicuri, talvolta in contraddizione al principio, attraverso deplorevoli perplessità.

39. Accertata l'esistenza di una colpa qualsiasi, dovrà il giudice sempre condannare al risarcimento? Noi propendiamo, dice il Sourdat (2), a ritenere che bisogna ammettere dei temperamenti. La debolezza dell'umana natura ha i suoi

(1) Loc. cit.
(2) Op. cit., n. 659.

Digitized by Google

diritti che non possono disconoscersi senza mettersi in contraddizione colla scienza stessa e senza commettere una ingiustizia col pretesto di riparare ad un'altra. Vi sono colpe le cui conseguenze hanno tanto poca importanza che senza dubbio si possono considerare come di niun interesse; ma la difficoltà sorge quando un danno reale ed anche grave sia la conseguenza di una lieve omissione, di una imprudenza che potrebb'essere commessa anche dall'uomo diligentissimo, *ma che la ragione umana colle sole sue forze sarebbe stata capace di evitare.* Ebbene, trattandosi di colpa estremamente lieve, quasi inapprezzabile, implica di necessità l'obbligo del risarcimento?

Gli articoli 1382 e 1383 del Codice francese (it. 1151 e 1152), come ne conviene lo stesso Sourdat, non contengono alcuna eccezione; ma siccome bisogna tener conto della fragilità umana e non imporre agli altri quei pesi che noi stessi non potremmo sopportare, e siccome in diritto l'assoluto è quasi sempre un errore, così nell'apprezzare la colpa non bisogna armarsi di un rigore inflessibile. Senza stabilire regole *a priori,* la nostra coscienza sarà la sola guida. « In ogni singolo caso dovrassi tener conto delle circostanze. Così, ora (ed è l'ipotesi ordinaria) il giudice dovrà condannare al risarcimento del danno, quantunque si tratti di lieve colpa; ora, attesa la tenuità del delitto, gli sarà permesso di moderare i danni interessi, in maniera che diventino una riparazione morale più che materiale. Soltanto non bisogna obliare che la più grande riserva s'impone al giudice, nell'esercizio del potere che gli riconosciamo, perchè sarebbe facile, con una troppo grande tolleranza ed indulgenza malamente esercitata, alterare in maniera grave il principio tutelare della responsabilità » (1).

40. Questa dottrina, seguìta anche dal Demolombe (2) ed in certo modo dal Proudhon (3), è giunta a distinguere le

(1) Op. cit., n. 659.
(2) Op. cit., VIII, n. 474.
(3) Op. cit., n. 1513 e 1517.

Digitized by Google

colpe perdonabili da quelle imperdonabili (1). Proudhon osserva che la colpa non possa essere giustificata, nè diventare un fatto legittimo, ma qualche volta possa essere giustificata. Non possiamo fare il processo alla fragilità umana; la giustizia deve tenerne conto. Gli articoli 1382 e 1383, dice Proudhon, non hanno per obbietto di qualificare la colpa e di determinare quella che debba essere considerata sufficiente per meritare la pena dei danni interessi. Per applicare il principio generale, bisogna sempre ritornare alla estimazione della colpa (2). « In conclusione, così il Sourdat, la coscienza è la sola nostra guida, poichè è impossibile di stabilire *a priori* regole che servissero utilmente a guidarci nei singoli casi ».

Anche tra i patrii scrittori questa dottrina ha trovato dei seguaci. Il giudice, si è detto, deve tenere conto di tutte le circostanze di fatto, di tutte le omissioni ed imprudenze che gli sembreranno conseguenze inevitabili delle infermità dell'umana natura, e così giudicherà se la colpa sia o no perdonabile (3).

Osserviamo anzitutto che affermandosi doversi la colpa valutare *in abstracto*, ma che in taluni casi si possa o si debba valutare *in concreto*, si cade in contraddizione. Ma affermando che gli art. 1382 e 1383 del Codice francese (it. 1151 e 1152) non abbiano per obbietto di determinare quale colpa debb'essere considerata come sufficiente per dar luogo al risarcimento del danno, si dice cosa erronea. È logico che parlando di colpa, in generale, si comprendano tutti i gradi della medesima, e quindi può implicitamente argomentarsi nulla essere stato innovato al principio romano per cui nella legge Aquilia *etiam laevissima culpa venit*. E Proudhon ne conviene quando dice che la colpa può essere scusata, non mai giustificata. Ora, è ammessibile la scusa sotto il punto di vista che *le facoltà intellettuali dell'agente rendono la colpa più o meno grave?* (4).

---

(1) Giorgi, op. cit., V, n. 150.
(2) Loc. cit., n. 1517.
(3) Giorgi, op. cit., V, n. 150.
(4) Sourdat, n. 658.

Digitized by Google

41. Toullier insegna non potersi addurre alcuna scusa nè sull'intenzione, nè sulla qualità della colpa. La legge, egli dice, d'accordo con la ragione, vuole che il danno arrecato per la più lieve colpa sia risarcito, perchè è certamente più giusto che l'autore anche indiretto del danno ne soffra la perdita, per quanto leggera possa essere la sua colpa, anzichè lo soffra colui al quale non sia imputabile alcuna colpa (1). E cita in questo senso moralisti e scrittori di diritto naturale. Alla nostra volta anche noi crediamo che la dottrina delle colpe perdonabili non meriti di essere accolta.

Senza dubbio il giudice deve tener conto di tutte le circostanze di fatto; ma ne deriverà che, ritenendo la colpa, possa giudicare se essa sia, ovvero no, perdonabile? Qui si confondono due cose ben diverse: il giudizio sull'esistenza della colpa ed il potere di attenuarne le conseguenze in ordine all'obbligo del risarcimento del danno. Dovendo apprezzare il fatto dannoso negli elementi dei quali è costituito, perchè il giudice dovrebbe armarsi di rigore e non tener conto che le leggi son fatte per gli uomini, quali sono e non quali potrebbero essere secondo tipi ideali a cui non si è riferito il legislatore? (2). Le condizioni *subbiettive* ed *obbiettive* del fatto possono ben escludere la colpa, ed il giudice che non valutasse equamente tutte le circostanze, comprese anco le debolezze dell'umana natura, mancherebbe al delicato suo compito. Ma ogni indagine deve essere limitata alla esistenza o meno della colpa; questa affermata, d'onde trarrebbe il giudice il potere di scusarla o di attenuarne le conseguenze? D'onde trarrebbe il potere di perdonare?

È una specie di sentimentalismo introdotto nel campo del diritto positivo, e che non riesce se non alla violazione dei diritti del danneggiato, che la legge tutela senza alcuna restrizione quando la colpa sia dimostrata. Se consultiamo i lavori preparatorii del Codice francese, troviamo che nessuna innovazione si è inteso di fare al principio della legge

(1) Op. cit., n. 113.
(2) Giorgi, loc. cit.

Digitized by Google

Aquilia; la responsabilità dell'autore del quasi delitto è proclamata in maniera assoluta, senza alcuna attenuazione. « Questo principo, così Bertrand de Greville, non è sottoposto a veruna eccezione... Si potrebbe domandare, a primo aspetto, se questa conseguenza non sia molto esagerata, e se non vi sia ingiustizia a punire un uomo per un'azione cagionata dalle debolezze o dalle disgrazie estranee totalmente al suo cuore ed alla sua intenzione. La risposta a questa obbiezione si trova nel gran principio d'ordine pubblico, cioè che la legge non può bilanciare tra colui che si inganna e colui che soffre. Ovunque essa osserva che un cittadino abbia sofferta una perdita, esamina se sia stato possibile all'autore di essa di non cagionarla; e se trova in lui leggerezza o imprudenza, condannar lo si deve al ristoro del male fatto. Tutto ciò che abbia diritto di pretendere si è che non si incrudelisca contro la sua persona e gli si conservi l'onore, poichè le condanne penali non possono derivare che dal delitto, e non può esservi delitto se non quando la volontà di nuocere sia provata... » (1). Tarrible non è meno esplicito. « Quando un danno è commesso per colpa di qualcuno, se si mette in bilancia l'interesse di colui che lo soffre con quello del colpevole o imprudente che lo abbia recato, la giustizia ad alta voce comanda che questo danno debba essere riparato dal suo autore. Questa disposizione abbraccia nella sua vasta estensione tutti i generi di danni e li assoggetta ad una riparazione uniforme, la quale ha per misura il valore del pregiudizio sofferto. Dall'omicidio sino alla più lieve ferita, dall'incendio di un edifizio sino alla rottura di uno spregevole mobile, tutto è sottoposto alla stessa legge; tutto è dichiarato suscettibile di un prezzo che indennizzerà la persona offesa da qualunque danno sofferto » (2).

42. Adunque nulla si è inteso innovare sul principio generale che governa la responsabilità per colpa aquiliana; ed in una materia cotanto importante non è dato all'inter-

(1) Relaz. al Trib., sed. 16 piov., XII.
(2) Disc. al Trib., sed. 19 piov., XII.

Digitized by Google

prete di introdurre una distinzione che menerebbe addirittura a sostituire al principio della colpa *in abstracto* quello della colpa *in concreto*, per cui in molti casi qualsiasi responsabilità verrebbe a sparire. E dobbiamo lodare la patria giurisprudenza, la quale è stata aliena dall'accogliere un errore che si presenta colle parvenze più spiccate dell'equità. È stato quindi ben giudicato che il danno debb'essere risarcito per intiero, qualunque fosse stato il grado della colpa (1), e qualunque si fosse la condizione economica del danneggiato (2), senza tener conto della condizione disagiata dell'autore del danno (3), nemmeno di fronte all'agiatezza dell'offeso (4).

43. Come eccezione alla regola generale per cui il quasi delitto può essere costituito da qualsiasi specie di colpa si adduce l'esempio del risarcimento al quale può essere condannato il temerario litigante (art. 370 proc. civ.), il quale non risponde che di colpa grave. E poichè il patrio legislatore ha provveduto con apposita disposizione a che il temerario litigante non rimanesse impunito, così non possiamo fare a meno dall'indagare quando può dirsi che sorga la figura del temerario litigante.

Per mezzo del *judicium calumniae* veniva represso il litigante cavilloso, cioè *qui intelligit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex judicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis: calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen* (5). Ma nel *contrarium judicium*, riguardo a talune speciali azioni ed interdetti, la condanna aveva luogo sempre contro

---

(1) Cassaz. Roma, 20 nov. 1877 (*Legge*, 1878, 1, 116); 26 luglio 1890 (*C. S. Rom.*, 1890, 897); Cassaz. Torino, 3 marzo 1893 (*La Legge*, 1893, 1, 736). La Corte d'appello di Torino ritenne doversi tener conto del grado della colpa. V. decis. 16 ott. 1893 (*La Giurispr.*, 1894, 39).

(2) Cassaz. Torino, 3 ott. 1902 (*La Giurispr.*, 1903, 16).

(3) Torino, 20 dic. 1892 (*La Giurispr.*, 1893, 188); 20 febbr. 1893 (*Giurispr. It.*, 1893, 276).

(4) Cassaz. Roma, 28 giugno 1899 (*C. S. Rom.*, 1899, 649).

(5) Gajo, *Comm.*, IV, 178.

Digitized by Google

l'attore, *licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere* (1). Laonde la vera figura del temerario litigante appare in colui che poteva andar soggetto al *judicium calumniae*, e che avesse litigato con pravo intendimento. Meglio che nelle istituzioni giustiniane (2), dove non abbiamo che l'*improbus litigator* (3), il concetto del temerario litigante si attinge in quello di Gaio. Offendendo scientemente l'avversario, anche nei giudizii civili, si commetteva *calumnia*, sia dall'attore come dal convenuto; e quindi i mezzi legali, sia per prevenire la lite temeraria, sia per reprimere il temerario litigante.

Come regola generale però il principio non poteva essere che quello insegnato da Gaio: *calumniae enim in adfectu est, sicut furti crimen.*

Domat (4) riconosce essere conforme all'equità ed al diritto naturale che coloro i quali sostengono liti calunniose rispondano dei danni recati ai loro avversarii; al quale fine non basta la sola condanna alle spese, perchè queste non possono riparare alla perdita del tempo ed a molte altre conseguenze dell'ingiustizia e dei cavilli dei temerarii litiganti. Ricorda che tale condanna si osservava tanto di rado che pareva abolita, se un'ordinanza di Francesco I del 1539, all'articolo 88, non l'avesse espressamente contemplata. L'ordinanza parlava di liti fatte con importunità, calunnia, temerità, e Domat insegnava che l'applicazione della medesima era lasciata alla prudenza dei giudici *quando l'ingiustizia, i cavilli e le vessazioni potessero meritarlo.*

Il codice francese di procedura civile riprodusse la disposizione dell'ordinanza, in maniera che gli scrittori trattano di questo argomento commentando l'articolo 128 del detto Codice; il quale articolo dispone che ogni sentenza la quale condannerà ai danni ed interessi ne conterrà la liquidazione, ovvero ordinerà che ne sia presentata la nota specifica. Ed in difetto di una disposizione di legge, si ricorre all'arti-

(1) Gajo, loc. cit.
(2) *Inst.*, IV, 16.
(3) *Inst.*, IV, 16, § 1.
(4) Op. cit., p. I, lib. III, tit. V, sez. 2ª, § 14.

Digitized by Google

colo 1382 (it. 1151), come alla regola generale in tema di risarcimento di danno per colpa extracontrattuale.

Non ogni fatto dannoso, si dice, implica obbligo di risarcimento; così tale obbligo non sorge se il danno sia la conseguenza del regolare esercizio del proprio diritto. Ora, semprechè un litigante sia di buona fede nella sua pretensione, il sostenerla è per lui un diritto; soccombendo, non può essere condannato che alle sole spese del giudizio, non mai ai danni interessi. Ma può avvenire, dice Chauveau, che, convinto della poca ragionevolezza della sua causa, egli la intenti e la promuova nel solo fine colpevole e vessatorio di tormentare e recare inquietudine al suo avversario, e che un sentimento di odio, di gelosia, di meschina contesa possa essere il movente della sua azione. In tal caso sarà tenuto a risarcire i danni ed interessi, poichè il cedere a questo cattivo sentimento è una *colpa*, la quale cagionando un danno fa sorgere l'obbligo di ripararlo (1). E così vien limitata la responsabilità del litigante ai casi di dolo o di colpa grave, quantunque non manchi chi sostenga doversi applicare il principio che governa la colpa aquiliana, cioè che anche la colpa lievissima dia luogo a risarcimento (2).

Ma per noi che abbiamo un testo di legge, l'art. 379 proc. civ. che parla di lite temeraria, l'indagine riducesi a sapere che cosa si debba intendere con tale espressione. E siccome essa ci vien tramandata dal diritto romano, così a questo si è ricorso per sapere quando un litigante possa venire qualificato come temerario.

44. Chironi ricorda l'insegnamento di Gaio sull'assunto e dice che la mala fede o l'errore derivante da colpa grave darebbero il criterio della temerarietà nel sostenere una lite (3). Ma noi ci permettiamo di osservare che il giureconsulto romano non solo non ha parlato di colpa grave, ma si è espresso in maniera da escludere l'idea che possa esservi *calumnia* anche nei giudizii civili, senza l'*animus* a ciò fare;

(1) In Carré, quist. 544, n. 4.
(2) Laurent, XX, n. 412.
(3) *Colpa extrac.*, I, n. 113.

Digitized by Google

l'ha detto in maniera molto incisiva: *calumnia enim in adfectu est*, il che esclude qualsiasi specie di colpa.

Il concetto della temerità quale appare nel diritto giustinianeo modificò quello della *calumnia?* L'*improbus litigator* forse non è più colui che, pur sapendo di aver torto, agisca *vexandi adversarii gratia?* Nol crediamo, tanto che nel diritto intermedio è usata ancora la parola calunnia (*calomnie*), e nell'ordinanza francese del 1539 e in Domat, come ha osservato lo stesso Chironi (1); il quale avrebbe potuto da ciò argomentare che il diritto giustinianeo non immutò per nulla il diritto anteriore sul punto del quale ci occupiamo.

Al diritto romano ricorresi indarno adunque per sostenere che temerario litigante sia colui al quale colpa grave si possa rimproverare; solo equiparando tale colpa al dolo si può ravvisare il temerario litigante dove non esista l'*adfectus*. Ma per chi ritenga che la colpa grave non possa mai equipararsi al dolo, occorrendo l'*animus vexandi* per la *calumnia*, temerario litigante non può essere colui al quale non possa imputarsi l'intenzione di vessare. La colpa viene esclusa addirittura e non è a parlare quindi di eccezione che l'articolo 370 proc. civ. contenga al principio che governa la colpa aquiliana.

Secondo il Mattirolo (2), il definire se e quando una lite sia temeraria è quistione lasciata al prudente apprezzamento del giudice del merito, il quale dovrà ponderare le singole circostanze obbiettive e subbiettive della lite; e cita parecchie decisioni (senza criticarle), le quali hanno riscontrato la temerità della lite nei casi di colpa grave, che hanno eguagliato al dolo, *in civilibus*, come se ciò fosse un canone indiscutibile (3).

Anzitutto osserviamo che la quistione sulla temerarietà della lite non implica sole indagini di fatto; pregiudiziale ad ogni altra essendo quella di sapere se debba, come condi-

(1) Op. cit., n. 113, nota 5.

(2) Op. cit., IV, n. 183, testo e nota (5ª ediz.).

(3) V. specialmente la decis. della Cassaz. Rom., 11 marzo 1887 (*Legge*, 1887, 1, 541).

Digitized by Google

zione essenziale, concorrere l'animo di vessare, il dolo, ovvero basti quella tale colpa che negli effetti si vorrebbe equiparare al dolo, ma che per sè stessa esclude l'animo di vessare l'avversario. E noi siamo di avviso che tale animo non essendo provato, per quanto grave possa essere la colpa, non può aversi la figura del temerario litigante. La quale figura si volle rinvenire perfino in chi accampi una pretesa *giusta e di dubbio evento*, ma innanti a giudice incompetente (1).

Una distinzione si rende necessaria secondo il Ferrini (2). Altro è il diritto che si domanda e altro è il diritto di domandare, e questo ben può esservi pur dove manca il primo. Al diritto di farsi giustizia da sè, e che costituisce reato, sta in contrapposto quello di adire l'autorità giudiziaria; e sull'esercizio di quest'ultimo diritto è pericolosa la ricerca dell'elemento soggettivo. E non trova esatto il principio ritenuto dalla giurisprudenza e da qualche scrittore (3), cioè che l'articolo 370 costituisca una eccezione all'articolo 1151 Codice civile; *il modo di porre la quistione sarebbe errato* (4). Ma non è spiegato chiaramente il motivo. Come si constaterà, egli dice, la persuasione soggettiva da cui è in questo caso condeterminato il diritto? « Non per altra via che quella di esteriori criterii, il cui manifestarsi costituisce *temeraria* la lite ». — E che importa tutto questo? Il mezzo di acquistare il convincimento è cosa diversa dall'entità della colpa richiesta per la temerarietà della lite: ciò che interessa si è che l'articolo 1151 non può applicarsi. La distinzione del Ferrini ed alla quale egli attribuisce molto peso, in verità non ne ha alcuno. Una sola osservazione è degna di essere notata, cioè che difficilmente si potrà parlare di temerarietà « qualora l'essenza, il perno della causa, sia una quistione di diritto, materia per eccellenza opinabile e dove è singolarmente arduo riconoscere la mala fede e l'assenza di convinzioni » (5).

---

(1) Catania, 31 ott. 1883 (*Legge*. 1884, 1, 25), citata dal Mattirolo.
(2) Monogr. cit., n. 93, in Dig. It.
(3) VENEZIAN, monogr. cit., pag. 197.
(4) Monogr. cit., n. 95.
(5) Loc. cit.

Digitized by Google

45. In materia di quasi delitti adunque qualsiasi colpa dà luogo a risarcimento, qualsiasi negligenza o imprudenza. Orbene, si è responsabili della leggerezza, delle reticenze usate nel dare informazioni che vengano chieste? (1)

Non si dubita riguardo alle agenzie commerciali che abbiano per obbietto il dare informazioni. Ma può applicarsi lo stesso principio riguardo alle raccomandazioni che una persona faccia in favore di un'altra e che siano contrarie alla verità? Noi respingiamo quella teoria che, traendo argomento da alcuni testi del diritto romano, richiederebbe la colpa grave equiparabile al dolo, per ritenere obbligato il raccomandante. Senza entrare nelle sottili disquisizioni relative al *consilium* ed al *mandatum tua gratia* (2), noi riteniamo che nell'odierno nostro diritto non possa dubitarsi che la raccomandazione implichi responsabilità, sia nei casi di dolo come in quelli di colpa, di qualunque specie sia questa (3). Ogni fatto che reca danno cade sotto la sanzione dell'articolo 1382 (it. 1151). Io domando informazioni sul conto di un domestico all'antico suo padrone, il quale mi attesta che il domestico era fedele, mentre risulta che era stato il contrario. Lo adibisco, e più tardi mi ruba; non è un fatto dannoso? « Ordinariamente, dice Laurent, non si ha scrupolo di dare informazioni inesatte; ma la giustizia deve insegnare

---

(1) Noi parliamo d'informazioni che vengono chieste e non di quei consigli o suggerimenti che vengono dati senza dolo e che possono essere anche dannosi nelle loro conseguenze. Ma non crediamo che per tali consigli si possa escludere in modo assoluto la responsabilità civile di chi li abbia dati, com'è stato ritenuto dalla Corte d'appello di Torino con decis. 22 marzo 1889 (*La Giurispr.* 1889, 303). Bisogna tener conto della persona che li dà e di quella alla quale siano dati, per determinare la responsabilità del fatto colposo.

(2) V. Mancaleoni, nella *Riv. It. per le scienze giuridiche.* XXVII, fasc. 3°.

(3) Cons. la pregevole monografia dell'avv. Michele Ziino, *Le informazioni commerciali nel diritto privato.* 1907, tit. I, cap. I, il quale respinge la dottrina che ritiene la responsabilità del raccomandante nei soli casi di colpa grave. Rimandiamo il lettore a consultare la detta pregevole monografia, specialmente per ciò che si riferisce alla trattazione teorica della materia ed alle autorità italiane e straniere ivi citate.

Digitized by Google

agli uomini di essere coscienziosi. La giurisprudenza è in questo senso, ma talvolta troppo indulgente, senza dubbio perchè gli stessi giudici si sentono colpevoli al pari di quelli che dovrebbero condannare; il nostro livello morale è ancora troppo basso » (1).

Il rimprovero dell'illustre scrittore è troppo acre; ma se nel campo della morale esso può giustificarsi, non così in quello del diritto. Eppure, anche sotto il punto di vista etico, talvolta la menzogna può avere le sue attenuanti! L'essere stato un domestico altre volte infedele non è motivo per ritenere che abbia perseverato nello stesso vizio. Spesso si crede, rivelando l'infedeltà d'altro tempo, di condannarlo alla miseria; e le persone bonarie rifuggono dal danneggiare un disgraziato, mettendolo in condizione di essere ributtato da ogni famiglia, il che può agevolare la via alla disperazione ed al delitto. E per questo diciamo che, anche nel campo della morale, talvolta la reticenza può avere le sue attenuanti, ed i giudici non meritano sempre il duro rimprovero che lo scrittore ha loro rivolto. Forse la loro indulgenza può essere tutt'altro che indice di basso livello morale!

Tuttavia non mancano esempi in cui la persona che raccomanda sia stata condannata al risarcimento del danno. Un individuo condannato per furto è spontaneamente raccomandato ad un negoziante per dargli un impiego di fiducia; il negoziante aderisce al desiderio del raccomandante, il quale rinnova le precedenti affermazioni, ma l'impiegato commette una sottrazione di lire tremila ed il negoziante ne domanda il risarcimento contro l'amico. La Corte di Parigi accolse la domanda e considerò, che mentre la condanna per furto non è una ragione per non raccomandare il condannato, è necessario però che il fatto non sia taciuto alla persona dalla quale si implora l'impiego (2). — Un commerciante prossimo al fallimento contrae un mutuo mercè la intromissione del proprio fratello, che godeva tutta la

(1) Op. cit., XX, n. 478.
(2) Arrêt 16 luglio 1869. Conf. Bordeaux, 19 luglio 1869.

Digitized by Google

fiducia del mutuante; il quale, verificatosi il fallimento, spiega domanda di risarcimento contro l'autore della menzognera informazione. La Corte di Bruxelles fece diritto alla domanda (1).

Laurent osserva che nelle specie menzionate coloro che avevano dato le informazioni inesatte erano state di mala fede, perchè sapevano non essere rispondenti al vero. Ma lo stesso scrittore critica una decisione della Corte di Gand, la quale ritenne la colpa nell'essere l'informatore stato sciente dell'informazione che dava; e con ragione osserva che non può richiedersi una condizione non richiesta dalla legge. Il quasi delitto esiste qualunque si fosse il grado della colpa, anche la semplice imprudenza; tale è la tradizione, la dottrina, la giurisprudenza (2). Si può ricorrere anche in responsabilità civile spargendo notizie che rechino danno ad altri; il che può costituire anche delitto civile se fatto con intenzione di nuocere (3).

46. L'articolo 570 del Codice di procedura penale (fr. 130) stabilisce che nel caso di assolutoria o di dichiarazione che non si fa luogo a procedere, le sentenze dichiareranno tenuta, ove occorra, la parte civile a risarcire i danni verso l'imputato od accusato, riservando inoltre a questi ultimi ogni azione che potesse loro competere, da esercitarsi avanti i giudici competenti. Riservandoci di esaminare in altro luogo di questo trattato della maniera di svolgere l'azione di risarcimento, qui diciamo soltanto della responsabilità che assume il querelante, che si costituisca, ovvero no, parte civile nel giudizio penale ed anche colui che limitasi a denunziare un preteso reato.

La patria giurisprudenza è concorde nell'ammettere che il querelante il quale abbia agito con dolo, ovvero con temerità, capriccio, colpa grave o leggiera, od anche con semplice

---

(1) Arrêt 30 maggio 1865 (*Pas.*, 1865, 2, 361).

(2) È stata affermata la responsabilità di chi, durante la lite, faccia correre voci sinistre di prossima chiusura di uno stabilimento. Casale, 15 sett. 1883 (*Giurispr. Cas.*, 1883, 312).

(3) Op. cit., XX, n. 480.

Digitized by Google

imprudenza, con inconsideratezza, abbia per ciò stesso l'obbligo di risarcire il danno verso il querelato assolto. Non è quindi bastevole per sè stessa l'assoluzione dell'accusato, ma occorre il dolo o la colpa del querelante (1).

---

(1) Napoli, 16 marzo 1877 (*Gazz. Proc.*, 1877, 294); Cass. Napoli, 13 apr. 1878 (*Ann.*, 1878, 595); Torino, 3 marzo 1879 (*La Giur.*, 1879, 525); Cass. Napoli, 21 apr. 1879 (*Foro It.*, 1879, 1, 490); Torino, 28 genn. 1879 (*La Giur.*, 1879, 153); Ancona, 18 nov. 1879 (*Foro It.*, 1879, 2, 464); Milano, 17 nov. 1879 (*Mon. Trib.*, 1880, 177); Genova, 31 dic. 1880 (*Eco Gen.*, 1881, 1, 68); Cass. Napoli, 6 luglio 1881 (*Giur. It.*, 1881, 666); Cass. Torino, 17 febbr. 1881 (*Ann.*, 1881, 70); 24 nov. 1881 (*Foro It.*, 1882, 2, 51); Roma, 14 dic. 1881 (*T. Rom.*, 1882, 96); Genova, 31 dic. 1880 (*Eco Gen.*, 1881, 1, 68); Torino, 8 aprile 1881 (*Legge*, 1881, 2, 787); Palermo, 14 aprile 1882 (*Giur. It.*, 1882, 583); Messina, 14 aprile 1882 (*F. Mess.*, 1882, 162); Casale, 13 giugno 1882 (*Giur. Cas.*, 1882, 233); Trani, 17 nov. 1883 (*Riv. Trani*, 1884, 406); Cass. Torino, 21 giugno 1884 (*G. Pen. Tor.*, 1884, 326); Roma, 21 genn. 1885 (*T. Rom.*, 1885, 124); Casale, 12 giugno 1885 (*G. Cas.*, 1885, 216); Napoli, 14 febbr. 1885 (*Gazz. Proc.*, 1885, 65); Venezia, 27 maggio 1886 (*T. Ven.*, 1886, 329); Bologna, 13 aprile 1887 (*Riv. Bol.*, 1887, 141); Catania, 27 luglio 1887 (*Foro It.*, 1887, 1, 758); Cass. Firenze, 4 giugno 1887 (*Giur It.*, 1887, 258); Cass. Roma, 14 febbraio 1887 (*Ibid.*, *p. s.*, 69); Trani, 5 marzo (*Riv. Trani*, 1887, 161); Roma, 15 marzo 1888 (*T. Rom.*, 1888, 314); Catania, 27 luglio 1888 (*Filang.*, 1888, 746); Cass. Palermo, 31 ott. 1887 (*C. Giur.*, 1888, 11); Cass. Torino, 24 aprile 1889 (*G. Pen. Tor.*, 1889, 281); Palermo, 17 genn. 1890 (*C. Giur.*, 1890, 101); Cass. Palermo, 3 dic. 1889 (*Ibid.*, 1890, 224); Napoli, 24 febbr. 1890 (*F. It.*, 1890, 2, 224); Trani, 30 ott. 1891 (*Pisan.*, 1892, 37); Napoli. 28 dic. 1891 (*Giur. It.*, 1892, 165); Cass. Firenze, 8 dic. 1891 (*Ibid.*, 1892, 27); Torino, 26 marzo 1892 (*La Giur.*, 1892, 508); Genova, 4 nov. 1891 (*T. Gen.*, 1892, 23); Cass. Napoli, 13 genn. 1892 (*Giur. It.*, 1892, 1003); Casale, 1° ott. 1891 (*G. Cas.*, 1891, 353); Venezia, 25 febbr. 1892 (*T. Ven.*, 1892, 157); Catania, 17 aprile 1893 (*G. Cat.*, 1893, 168); Cass. Napoli, 4 ott. 1893 (*Dir. e Giur.*, IX, 160); Genova, 17 febbr. 1893 (*T. Gen.*, 1893, 202); Cass. Roma, 16 marzo 1894 (*T. Rom.*, 1894, 369); Genova, 10 aprile 1894 (*T. Gen.*, 1894, 390); Cass. Roma, 1° febbr. 1894 (*F. It.*, 1894, 2, 415), 1° febbr. 1894 (*Ann.*, 1894, 224), 18 dic. 1894 (*T. Rom.*, 1895, 16); Torino, 21 genn. 1896 (*La Giur.*, 1896, 205); Cagliari, 7 dic. 1895 (*G. Sarda*, 1896, 90); Trani, 21 genn. 1896 (*Riv. Trani*, 1896, 306); Cass. Napoli, 24 luglio 1897 (*F. Nap.*, 1897, 219); Napoli, 11 giugno 1897 (*Trib. Giur.*, 1897, 202); Trani, 30 giugno 1897 (*Riv. Trani*, 1897, 725); Torino, 5 febbr. 1897 (*La Giur.*, 1897, 502); Palermo, 19 marzo 1897 (*F. Sic.*, 1897, 259); Cass. Napoli, 8 marzo 1897 (*Giur. It.*, 1897, 640); Cass. Roma, 5 nov. 1896 (*Ibid.*, 1897, 1, 38); Genova, 30 giugno 1898 (*Gazz. Giur. It.*, 1898, 46); Catania, 25 marzo

Digitized by Google

Ed anche in tema di contravvenzione per contrabbando occorre che l'assolto provi il dolo o la colpa degli agenti (1).

47. La responsabilità esiste tanto nel caso di querela che di semplice denunzia (1), quando anche il querelante

---

1898 (*G. Cat.*, 1898, 46); Cass. Palermo, 24 maggio 1898 (*F. Sic.*, 1898, 426); Torino, 25 febbr. 1898 (*Legge*, 1898, 1, 623); Trani, 3 giugno 1898 (*Riv. Trani*, 1898, 895); Catania, 25 marzo 1898 (*G. Cat.*, 1898, 46); Torino, 16 maggio 1898 (*Cass. Un.*, IX, 1290); Cass. Torino, 15 luglio 1899 (*Legge*, 1899, 2, 655); Bologna, 23 dic. 1898 (*Mon. mil.*, 1899, 66); Trani, 7 febbr. 1899 (*Riv. Trani*, 1899, 275); Palermo, 3 febbr. 1900 (*F. Sic.*, 1900, 228); Trani, 21 marzo 1900 (*Riv. Trani*, 1900, 1418); Cass. Firenze, 23 luglio 1900 (*Giur. It.*, 1900, 1163); Venezia, 24 luglio 1900 (*Dir. e Giur.*, XVI, 595); Torino, 22 giugno 1900 (*La Giur.*, 1900, 996); 7 aprile 1900 (*Ibid.*, 1900, 650); Trani, 26 genn. 1901 (*T. Rom.*, 1901, 213), 2 marzo 1901 (*Ibid.*, 1901, 357); Venezia, 27 luglio 1901 (*Trani*, 1901, 206); Roma, 3 maggio 1901 (*T. Rom.*, 1901, 310); Cassaz. Torino, 8 giugno 1901 (*Dir. e Giur.*, XVII, 449); Catanzaro, 2 agosto 1901 (*Gazz. Proc.*, 1901, 310); Genova, 18 giugno 1901 (*T. Gen.*, 1901, 370); Cass. Torino, 7 agosto 1901 (*La Giur.*, 1901, 1262); Cassaz. Roma, 26 sett. 1901 (*Cass. Un.*, 1901, 312); Torino, 18 ott. 1901 (*G. Pen. Tor.*, 1902, 19); Cass. Napoli, 16 maggio 1902 (*Dir. e Giur.*, 1902, 110); Trani, 12 sett. 1902 (*Riv. Trani*, 1902, 884); Messina, 4 febbr. 1902 (*F. Sic.*, 1902, 1, 519); Perugia, 17 luglio 1902 (*Cron. Dog.*, 1903, 5); Cassaz. Roma, 23 giugno 1903 (*Legge*, 1903, 1773); Catania, 14 marzo 1903 (*G. Cat.*, 1903, 161), 3 aprile 1903 (*Ibid.*, 1903, 86); Cass. Napoli, 3 sett. 1903 (*Dir. e Giur.*, 1903, 345); Torino, 19 dic. 1903 (*La Giur.*, 1904, 420); Catanzaro, 24 nov. 1903 (*Filang.*, 1904, 382); Macerata, 19 nov. 1903 (*T. Ancona*, 1904, 35); Firenze, 25 nov. 1902 (*Riv. Tosc.*, 1903, 11); Palermo, 6 giugno 1904 (*F. Sic.*, 1904, 538); Cass. Torino, 27 luglio 1904 (*La Giur.*, 1904, 1250); Genova, 9 febbr. 1904 (*T. Gen.*, 1904, 123); Torino, 2 febbr. (*La Giur.*, 1904, 653); Genova, 6 dicembre 1904 (*T. Gen.*, 1905, 23); Cass. Napoli, 22 agosto 1905 (*T. Nap.*, 1905, 279); Lucca, 23 dic. 1904 (*Ann.*, 1905, 26); Palermo, 27 maggio 1905 (*Foro Sicil.*, 1905, 254); Cassazione Roma, 7 novembre 1905 (*La Legge*, 1906, 227); Palermo, 15 maggio 1905 (*Temi Giur.*, 1905, 238).

(1) Cass. Roma, 7 dic. 1894 (*T. S. Roma*, 1894, 1, 374); Cass. Palermo, 2 marzo 1895 (*Legge*, 1895, 1, 766); Cass. Roma, 22 nov. 1898 (*T. S. Roma*, 1898, 1, 303); 22 febbr. 1899 (*Riv. Dog.*, 1899, 205); Parma, 29 nov. 1898 (*Ibid.*, 1899, 177).

(2) Catania, 2 aprile 1900 (*G. Cat.*, 1900, 48); 24 marzo 1902 (*Giur. Pen. Tor.*, 1902, 254).

Digitized by Google

non si fosse costituito parte civile (1), e tanto nei casi di reati di azione privata quanto in quelli di azione pubblica (2).

48. Però il principio secondo il quale la sola imprudenza o negligenza del querelante può dar luogo a risarcimento di danno in pro dell'assolto è parso a taluno troppo rigoroso. « Per noi, scrive un annotatore della decisione della Corte di Messina 12 aprile 1882 (3), in ogni caso questa leggerezza o imprudenza deve essere tale da potersi equiparare alla colpa ed alla temerità. Non si può certamente pretendere in ogni individuo un criterio giuridico così esatto da dovere conoscere e definire la natura del reato dal quale si stima offeso ». Ma leggerezza ed imprudenza non rappresentano che gradi di colpa, nè parci esatto ingerirvi il concetto della temerità, la quale può derivare ancora dal convincimento di aver torto. Siamo sempre nel campo della colpa aquiliana; è sempre il principio dell'articolo 1151 che impera. Senza dubbio, nella responsabilità della quale ci occupiamo più che in altre, bisogna tener conto dell'elemento intenzionale; ma senza preoccuparsi se il querelante fosse stato persona da potere avere un criterio giuridico sul fatto che credette reato, perchè altrimenti questa circostanza potrebbe essere quotidianamente invocata.

L'imprudenza, la leggerezza nel proporre querela penale possono essere la conseguenza di un convincimento erroneo, e tutto sta nell'indagare se l'errore fosse stato vincibile ovvero no. È stato ritenuto quindi che un semplice operaio non poteva conoscere le conseguenze della fatta querela e quindi non condannabile al risarcimento del danno per la sua buona fede, tanto più se persona illetterata (4); che nemmeno sia responsabile chi siasi querelato sulla fede di persone oneste (5), o per fatti che non erano insussistenti (6),

(1) Torino, 11 maggio 1889 (*Giur. It.*, 1889, 666); Trani, 26 giugno 1894 (*Riv. Trani.* 1894, 241); Palermo, 23 febbr. 1900 (*F. Sic.*, 1900, 228).
(2) Cassaz. Roma, 31 genn. 1901 (*Riv. Pen.*. 53, 407).
(3) V. *F. It.*. 1882, 2, 42. La nota è dell'avv. Dialti.
(4) Genova, 12 luglio 1884 (*Eco Gen.*. 1884, 245).
(5) Venezia, 29 dic. 1891 (*T. Ven.*, 1892, 111).
(6) Catania, 24 agosto 1894 (*Giur. Cat.*, 1894, 178).

Digitized by Google

ma apprezzati malamente, tanto più se in reato di azione pubblica (1) — o quando si aveva la persuasione di esercitare un diritto (2), quando l'assolto col suo contegno dette occasione a proporre la querela (3), quando questa o la denunzia sia stata fatta in maniera impersonale e la costituzione di parte civile abbia avuto luogo dopo l'ordinanza della Camera di Consiglio (4), quando l'istruttoria fosse stata chiusa con rinvio a giudizio (5) — ed in generale quando vi fosse stata buona fede nel querelare o nel denunziare (6), per esempio, quando il fatto avesse presentato le apparenze del reato (7).

49. Talvolta è stato giudicato che occorra l'esistenza del dolo, della frode, come negli agenti dell'amministrazione daziaria che abbiano proceduto a contravvenzione (8), insomma concorrendo lo scopo di trarre illecito guadagno (9), o la mala fede (10). Ma noi ripetiamo l'osservazione già fatta, cioè che trattasi sempre di applicare l'articolo 1151 del Codice civile, e che basti la colpa *in committendo*, di qualsiasi entità, per dare obbligo al risarcimento. Ora, richiedendosi la frode, la mala fede, non saremmo nel campo della semplice colpa, ed invece avremmo il fatto colposo che non darebbe origine al risarcimento; il che sarebbe contrario alla testuale disposizione dell'articolo predetto. Ma nei casi che formarono obbietto delle decisioni surricordate, nessuna

---

(1) Roma, 12 luglio 1881 (*T. Rom.*, 1881, 395).

(2) Catanzaro, 21 dic. 1900 (*Giostra*, 1901, 1); Genova, 6 febbr. 1893 (*T. Gen.*, 1893, 164).

(3) Bologna, 20 apr. 1876 (*F. It.*, 1876, 2, 277); Milano, 6 febbr. 1902 (*Mon. Trib.*, 1902, 431).

(4) Catania, 24 marzo 1902 (*G. Pen. Tor.* 1902, 254).

(5) Torino, 5 marzo 1904 (*La Giur.*, 1904, 1006).

(6) Milano, 19 dic. 1899 (*Mon. Trib.*, 1900, 71); Napoli, 31 genn. 1900 (*Gazz. Proc.*, XXX, 322); Catania, 24 marzo 1902 (*G. Cat.*, 1902, 70); 14 maggio 1902 (*Ibid.*, 1902, 129).

(7) Palermo, 13 aprile 1882 (*G. Pen. Tor.* 1882, 312).

(8) Firenze, 22 dic. 1888 (*Dazio Cons.*, 1889, 237).

(9) Cass. Roma, 4 maggio 1889 (*Dir. e Giur.*, 1889, 143).

(10) Roma, 18 giugno 1903 (*Dazio Cons.*, 1903, 325); Napoli, 23 luglio 1903 (*Riv. Prat.*, 1903, 468).

Digitized by Google

eccezione è stata fatta all'articolo 1151, perchè, date quelle circostanze, la colpa ha dovuto necessariamente essere esclusa.

Un esempio di assenza di colpa sarebbe quello in cui l'assoluzione avesse avuto luogo per essere stata una quistione di diritto risoluta in favore dell'accusato (1).

50. Se la denunzia fosse stata fatta da un pubblico funzionario, sarebbe questi responsabile verso l'assolto?

Ha risposto affermativamente e con ragione la suprema Corte romana in una specie in cui il funzionario aveva agito con dolo (2); ma noi siamo di avviso che anche nel caso di colpa debba la responsabilità venire affermata, senza che occorra sia la denunzia dichiarata calunniosa, come è stato giudicato (3), perchè tale eccezione avrebbe dovuto risultare dalla legge. È strano il principio ritenuto dalla Corte di Catania, cioè che nella denunzia di reato fatta da un pubblico uffiziale, come il sindaco, si debba ravvisare sempre l'adempimento del proprio dovere e non sia a presumersi dolo o colpa, che soltanto possono esservi quando la denunzia sia seguita da costituzione di parte civile (4). Come abbiamo veduto, per rispondere del danno, non occorre che il querelante siasi costituito parte civile; eppoi quella tale presunzione non entra in giuoco in tema di responsabilità civile.

51. *Quid* se l'assoluzione abbia avuto luogo per non provata reità?

Respingiamo addirittura il principio per cui tale assoluzione equivarrebbe a dichiarazione d'innocenza, come talvolta è stato giudicato (5). Vere dichiarazioni d'innocenza si hanno quando il fatto imputato non fosse esistito o l'accu-

---

(1) Palermo, 21 marzo 1902 (*F. Sic.*, 1902, 241).

(2) Decis. 3 luglio 1905, sez. un. (*Cass. Un.* 1905, 273).

(3) Catania, 12 agosto 1892 (*G. Cat.*, 1892, 209).

(4) Decis. 20 dic. 1901 (*G. Cat.*, 1901, 222).

(5) Napoli, 2 agosto 1878 (*Gazz. Proc.*, XIII, 347); Palermo, 27 luglio 1900 (*Circ. Giur.*, 1900, 281).

Digitized by Google

sato non vi abbia preso parte; ma l'assoluzione per deficienza di prova non può mai valere a dichiarazione di innocenza. È quindi da ritenersi che nel giudizio civile di risarcimento occorra provare il dolo o la colpa del querelante (1).

Ma sarebbe esorbitante negare l'azione di risarcimento all'assolto per insufficienza d'indizi, come ha opinato qualche Corte d'appello (2). Senza dubbio non basta la sola assoluzione, per l'anzidetto motivo (3); occorre provare sempre il dolo o la colpa, come abbiamo detto.

52. Ed anche se l'assoluzione abbia avuto luogo per inesistenza di reato, nel giudizio civile di risarcimento è necessario che il magistrato apprezzi i fatti che formarono obbietto del giudizio penale rispetto al querelante; la responsabilità però va giudicata in maniera più benigna se si tratti di reato di azione pubblica (4).

53. Nei reati di azione privata, la remissione della querela accettata incondizionatamente dal querelato, fa sì che questi non possa domandare risarcimento di danno, nè spese (5).

54. Non può esservi delitto mancando la intenzione di nuocere, come non può esservi quasi delitto quando l'agente non sia responsabile delle conseguenze della propria negligenza od imprudenza. Non sono responsabili quindi i fanciulli che non abbiano discernimento (6) e coloro che sono

---

(1) Napoli, 4 sett. 1882 (*Gazz. Proc.*, 1882, 571); Catania, 30 nov. 1883 (*Giur. It.*, 1884, 100); Cass. Torino, 6 marzo 1883 (*La Giur.*, 1883, 441); Cass. Napoli, 6 maggio 1883 (*Legge*, 1883, 2, 409); Torino, 4 apr. 1903 (*La Giur.*, 1903, 794).

(2) Palermo, 20 marzo 1896 (*F. Sic.*, 1896, 228).

(3) Catania, 2 giugno 1899 (*G. Cat.*, 1899, 150).

(4) Cassaz. Roma, 10 giugno 1901 (*C. S. Rom*, 1901, 2, 129).

(5) Firenze, 29 ott. 1902 (*Ann.*, 1902, 496); Torino, 11 dic. 1903 (*La Giur.*, 1904, 463).

(6) Cass. Roma, 16 luglio 1895 (*F. It.*, 1895, 2, 444).

Digitized by Google

privi del bene dello intelletto (1). L'età in cui si abbia discernimento non può essere precisata; ma dal momento che una persona abbia l'uso della ragione, dice Pothier, ed apparisca che abbia commesso il fatto dannoso con riflessione e malignità, il fatto è un delitto e l'autore di esso è obbligato al risarcimento quantunque non avesse raggiunta la pubertà; l'imprudenza è scusata ancora più facilmente nei giovani (2).

Gli infermi di mente che non siano in grado di valutare le conseguenze dei proprii atti non possono esserne responsabili. Dubitiamo molto se possa accettarsi la teoria per cui gli alienati di mente sarebbero responsabili del danno commesso nei lucidi intervalli (3). Lo stesso Laurent riconosce la difficoltà della prova, specialmente nei casi di alienazione assoluta. La quistione è d'indole generale, potendo aver luogo anche in materia di obbligazioni contrattuali; e confessiamo che l'attribuire importanza giuridica al lucido intervallo del pazzo non ci è sembrata mai una teoria da essere coscienziosamente accolta. Del resto si ammette che la prova del lucido intervallo non esclude che si possa altresì provare non essere stato tale da togliere il vizio di mente. E, ciò osservando, Chironi (4) insegna che in questo caso si dovrà esaminare se la negligenza dalla quale derivò l'ingiuria fosse stata tale da corrispondere al grado di diligenza di cui l'agente sia capace, per argomentare se esista o no imputabilità. Ma la condizione d'interdetto, riteniamo con lo stesso scrittore, non può influire sulla determinazione della colpa; può fornire una presunzione (non di legge) sullo stato di mente, dal quale non può inferirsi l'inesistenza o la misura della capacità (5).

---

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 118; Zachariae, § 444; Proudhon, n. 1525; Sourdat, n. 416.

(2) Loc. cit.

(3) Demolombe, VIII, n. 492; Aubry e Rau, § 444, n. 5; Larombière, art. 1382-83, n. 20; Giorgi, V, n. 295; Laurent, XX, n. 446. V. le decis. ivi citate da quest'ultimo scrittore, e specialmente quelle della Cass. in una specie in cui fu riconosciuta la responsabilità dell'alienato perchè aveva agito con piena cognizione di causa.

(4) Op. cit., n. 141 *bis*.

(5) Op. cit., I, n. 141.

Digitized by Google

55. In quanto alle persone inabilitate, anche per ragione di prodigalità, sono state, senz'alcun dubbio, ritenute responsabili pel danno commesso (1).

56. *Quid* pel danno commesso nello stato di ubbriachezza?

La parola *delinquitur* usata da Marciano nel fram. 2, § 2, Dig. 8, 19, ha un significato generico di responsabilità: « delinquitur autem aut proposito, aut impetu, aut casu...; impetu autem cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur ». E poichè si può delinquere anche *casu*, *cum in venando telum in feram missum, hominem interfecit;* così le due ipotesi non riguardano che delitto colposo, ben distinto da quello commesso *proposito*, perchè *proposito delinquunt latrones qui factionem habent.* E colposo deve ritenersi il danno commesso dall'ebbro, il quale è in colpa per essersi *volontariamente* messo in condizione di nuocere agli altri (2). Eccezione sarebbe a farsi nel caso in cui nessuna colpa potesse essere imputata all'agente (3): ma anzichè parlare di eccezione, sarebbe applicabile il principio generale, quello cioè che responsabilità non possa esservi senza colpa. Il Codice civile germanico ha provveduto con un'apposita disposizione (§ 827), escludendo la responsabilità nel solo caso in cui taluno siasi trovato nello stato di ebbrezza senza sua colpa.

57. Non iscusa l'ignoranza delle cose che si debbono sapere. Domat (4) applica questo principio agli artigiani e cita i testi delle leggi romane che riguardano la imperizia del mestiere o della professione, e ritengono il danno da tale

---

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 120; Laurent, loc. cit.; Sourdat, n. 417, il quale richiama agli espositori dei motivi del Codice; Chironi, op. cit., I, n. 141.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 119; Conf. Merlin, Rép., v. *quasi dél.* n. 12 e *excuses*, n. 3; Delvincourt, III, 682; Proudhon, n. 1527; Demolombe, VIII, n. 491; Sourdat, n. 418; Giorgi, V, n. 147.

(3) Sourdat, loc. cit.; Larombière, art. 1382-83, n. 23; Giorgi, V, n. 147.

(4) Loc. cit., § 5.

Digitized by Google

imperizia derivato. Ma può esservi una ignoranza che consiste semplicemente nel non conoscere che una data omissione o che una data azione possa essere lesiva di un diritto, possa essere ad altri pregiudizievole. È logico stabilire una regola assoluta di responsabilità anche di fronte a chi non sia imputabile della propria azione od omissione.

Risponde affermativamente Toullier. Nessuna scusa, secondo lui, può addursi riguardo all'ignoranza (1). Ma come mai si ammette la scusa per chi sia privo della ragione e si nega per colui che ignora le conseguenze dei proprii atti? Non siamo sempre nel campo della imputabilità? Può farsi quistione se l'ignoranza fosse derivata da errore vincibile o invincibile; ma in quest'ultimo caso, su quale principio si fonderebbe la responsabilità civile?

Sourdat complica la quistione col caso fortuito e colla forza maggiore che escludono la responsabilità. « Quanto abbiamo detto, così egli scrive, sulla imputabilità delle azioni relativamente a coloro che non hanno la pienezza della loro ragione è applicabile qui. Quantunque il consenso dell'autore del danno derivante da quasi delitto non sia una condizione della responsabilità, bisogna che concorra la colpa, e questa non può concepirsi se non in colui che abbia coscienza dei proprii atti e che non subisca l'impero di un caso fortuito o di forza maggiore » (2). Ma sì l'una che l'altra sono cause esteriori che nulla hanno da vedere collo stato di mente dell'autore del danno. Se non possa imputarsi colpa a chi non abbia coscienza dei proprii atti, devesi di necessità ammettere che egli non debba rispondere di quasi delitto. Devesi ammettere adunque che l'ignoranza di ciò che devesi sapere non iscusa; e non è scusata la colpa *in omittendo* dalla credenza che taluno possa avere in uno stato di cose diverso da quello esistente (3), tranne che non si tratti di un errore comune dipendente da difetto di scienza (4).

---

(1) Op. cit., n. 153.
(2) Op. cit., n. 644.
(3) Cassaz. Roma, 5 maggio 1898 (*Giur. It.*. 1898, 586).
(4) Cass. Torino, 27 marzo 1889 (*La Legge*. 1889, 2, 104).

Digitized by Google

58. Colui che prevede l'evento dannoso e prende tutte le possibili precauzioni è responsabile del danno che può accadere?

La giurisprudenza ci offre questi esempi. Un negoziante di formaggio ne colloca un pezzo in fondo ad una cassa, preparato con polvere venefica per uccidere i topi. Un fanciullo entra casualmente nel negozio, trova aperta la cassa e senza esser visto da alcuno, mangia il cacio e muore di veleno. Fu esclusa la colpa (1). — Un proprietario fa costruire un pilastro, nella sommità del quale colloca un pesante vaso di cemento, ma lascia un addentellato in mattoni per agevolare la salita. Un fanciullo vi si arrampica e provoca la caduta del vaso addosso ad un passante. Fu ritenuta la irresponsabilità del proprietario (2). — La prima decisione è da approvarsi perchè nemmeno di colpa lievissima era imputabile il padrone della bottega; la seconda no, perchè il fatto avrebbe potuto essere preveduto.

Ciascuno ha il diritto di custodire il proprio fondo dal danno che gli altrui animali vagando possano recarvi. È lecito però spargere nel proprio fondo bocconi attossicati, in maniera che, specialmente i cani che vi accedano, possano incontrarvi la morte? Il proprietario degli animali può vantare diritto a risarcimento?

La suprema Corte fiorentina ricorda gli insegnamenti contenuti nelle leggi 151 e 203 Dig. *de reg. juris* e particolarmente la legge 31 Dig. ad leg. Aquil., secondo la quale *culpa ab eo exigenda non est cum divinare non potuerit per eum locum aliquis transiturus sit.* Rileva che il tribunale non aveva messo in dubbio il diritto del proprietario del fondo di spargere bocconi avvelenati per tutelarsi dai danni degli animali domestici dei vicini; però il tribunale ritenne che quel diritto fosse limitato alle ore notturne, rimuovendo il mattino di buon'ora i bocconi venefici ed avvertendo i proprietarii dei fondi vicini.

Il supremo collegio trova infondata la restrizione apposta dal tribunale, malgrado *l'uso praticato in quelle provincie* e

(1) Milano, 23 aprile 1901 (*Ann.*. 1901, 446).
(2) Casale, 21 agosto 1901 (*Giur. Tor.*. 1901, 1169).

Digitized by Google

le prescrizioni dell'autorità prefettizia fatte al proprietario di *osservare le cautele occorrenti ad evitare disgrazie,* e ritiene indebita ed arbitraria la restrizione al diritto assoluto del proprietario di difendere come meglio possa piacergli le cose sue dimenticando così il sommo principio: *in suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat* (1). « *T,* secondo la Corte, operava nei limiti del suo possesso, secondo il proprio comodo ed interesse, e nulla immittendo nell'altrui, non poteva recare offesa al diritto del terzo. Ciò ha disconosciuto il tribunale di Pisa ed ha aggiunto altra indebita ed arbitraria restrizione al diritto di proprietà del *T,* facendogli obbligo di *avvertire esattamente* i proprietari vicini di quello che operava nel proprio, scambiando un atto di cortesia, di riguardo e di buon vicinato con una obbligazione precisa, che, non adempiuta, potesse costituirlo in colpa e far versare in cosa illecita. Il tribunale trova scusabili i proprietari vicini se diligenti e vigilanti non furono ad impedire che i cani loro invadessero i terreni altrui, sia avuto riguardo alla difficoltà di richiamare un cane mentre in caccia insegue un animale, sia riguardo alla possibilità che il conduttore del cane sul momento non si accorga che invade il terreno altrui; e così ragionando il tribunale è venuto a confondere la colpa che si volesse imputare per derivarne la responsabilità a risarcire il danno dai cani arrecato con la colpa che si vuole fare consistere nel fatto di essere andato incontro a ricevere offesa, quale non avrebbe incontrato praticando maggior diligenza; e per opporsi quando pretende risarcimento del danno derivatogli da chi operò secondo suo diritto, che deve imputare a sè stesso: *quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* » (2). E, così ragionando, il supremo collegio rimprovera al tribunale la *violazione dei più ovvii principii di giustizia.*

59. E noi ci permettiamo non solo di dissentire dal supremo collegio fiorentino, ma di deplorare il richiamo

(1) Fr. 8, § 5 Dig., 8, 5.
(2) Decis. 26 dic. 1887 (*F. It.*. 1888, 1, 78).

Digitized by Google

ai testi delle leggi romane per far dire ai medesimi ciò che si voglia, e senza tener conto dei principii che informano l'organismo sociale odierno.

Troppo a sproposito s'invoca il principio contenuto nel fram. 8 § 5, Dig. 8, 5. Forse l'esercizio del diritto di proprietà di un fondo trova il suo limite preciso nel ***nihil in alienum immittere?*** Nol disse nè Aristone, nè Ulpiano, nè alcun altro giureconsulto. In occasione della quistione se il proprietario della casa debba soffrire il fumo che dal disotto lo invade, il giureconsulto ferma il principio che ciascuno può fare in casa sua quel che gli piaccia ***quatenus nihil in alienum immittat.*** Ma il principio va attuato sempre tenendo conto della fattispecie in occasione della quale fu espresso; chè altrimenti non solo non avrebbe senso, ma sarebbe addirittura un assurdo. Faccio eseguire nel mio fondo delle opere per cui una persona che venga a visitarmi inciampi, senza sua colpa e ne resti malconcia; getto bocconi avvelenati, preparo lacci per fare affogare i cani che entrino, ecc.; invocherò il famoso testo della legge romana per mettermi al coperto da qualsiasi responsabilità? No, perchè anche rimanendo nella mia casa, nel mio predio, posso far cosa che rechi danno ad altri senza sua colpa od alle cose altrui. Questo diritto sconfinato di fare nel proprio fondo ciò che piace, ***quatenus nihil in alienum immittat***, non può essere riconosciuto, perchè nella società civile i diritti dei singoli debbono essere esercitati in modo armonico, come più volte abbiamo detto.

E limitandoci alla specie che formò obbietto della decisione della suprema Corte fiorentina, e della quale soltanto ci occupiamo per rischiarare un principio, ai fini della sola responsabilità civile, astrazion facendo dalle leggi penali e da quelle sulla sanità pubblica, diciamo che il proprietario di un fondo aperto nulla debba fare che possa produr danno a persone che per caso ivi capitassero o alle cose altrui. Ed anche in fondo chiuso occorrono tutte quelle precauzioni che un uomo diligentissimo deve prendere. È imprudente non avvertire nè i vicini, nè i passanti del pericolo che i loro cani corrono a causa dei bocconi venefici sparsivi; non è una restrizione ingiusta al diritto di proprietà.

Digitized by Google

60. Esercitando un nostro diritto possiamo talvolta recar danno materiale o morale alla persona verso di noi obbligata. E, sia che avessimo agito con animo di nuocere, sia che non avessimo misurate le conseguenze della nostra maniera di agire, siamo sempre obbligati a risarcire il danno. Per esempio, la legge ci dà il mezzo di garantire i nostri diritti procedendo a sequestro conservativo sui beni del debitore; ma questo mezzo non deve mutarsi in arma offensiva, sia per danneggiare il debitore nel suo patrimonio, ovvero per discreditarlo. Ebbene, procedendo *non jure,* il creditore sequestrante è responsabile non solo se abbia agito con animo di nuocere, ma altresì se con imprudenza o leggerezza. Non già che la revoca del sequestro implichi per sè stessa l'obbligo del giudice di applicare l'art. 935 proc. civile; il giudice debb'essere convinto che dolo o colpa siavi stato e che danno ne abbia risentito il debitore. Ciò determinato, rendonsi applicabili gli articoli 1151 e 1152 del Codice civile (1).

---

(1) Cass. Torino, 26 luglio 1878 (*Legge.* 1878, 1, 733); Trani, 12 luglio 1879 (*Riv. Trani.* 1880, 124), 6 febbr. 1880 (*Ibid.*. 1880, 633); Bologna, 4 dic. 1879 (*Riv. Bol.*, 1880, 11); Roma, 22 giugno 1880 (*Giur. It.*, 1880, 623); Firenze, 27 luglio 1880 (*Legge.* 1880, 1, 866); Cass. Firenze, 14 giugno 1880 (*F. It.*, 1880, 1, 823); Cass. Roma, 3 febbr. 1881 (*Ibid.*. 1881, 1, 232); Roma, 21 aprile 1881 (*T. Rom.*. 1881, 71); Torino, 2 dic. 1881 (*Cass. Tor.*. 1882, 1, 275); Cass. Torino, 17 ott. 1882 (*Ibid.*, 1882, 2, 523); Cass. Roma, 18 marzo 1882 (*Legge*, 1882, 2, 363); Genova, 5 dic. 1881 (*Eco Gen.*, 1882, 1, 57); Milano, 28 febbr. 1882 (*Mon. Mil.*, 1882, 578); Cass. Torino, 20 maggio 1882 (*F. It.*. 1882, 1, 703); Torino, 26 maggio 1882 (*Filang.*, 1883, 265); Cass. Torino, 19 dic. 1882 (*La Giur.*, 1883, 122); 26 giugno 1882 (*Cass. Tor.*. 1882, 2, 206), 7 luglio 1882 (*F. It.*. 1882, 1, 862); Catania, 9 aprile 1883 (*Ibid.*, 1883, 1, 1009); Cass. Roma, 26 apr. 1884 (*T. Rom.*. 1884, 208); Cass. Torino, 7 agosto 1884 (*La Giur.*. 1884, 663); Lucca, 22 marzo 1887 (*F. It.*, 1887, 1, 474); Torino, 3 agosto 1888 (*La Giur.*. 1888, 642); Cass. Palermo, 24 ott. 1889 (*Circ. Giur.*, 1890, 276); Cass. Roma, 22 giugno 1892 (*F. It.*, 1892, 1, 1049); Genova, 18 ott. 1892 (*T. Gen.*, 1892, 600); 31 dic. 1891 (*Ibid.*, 1892, 230); Roma, 10 dic. 1892 (*T. Rom.*, 1892, 468); Catania, 5 aprile 1895 (*G. Cat.*. 1895, 85); Venezia, 4 nov. 1898 (*T. Ven.*, 1899, 8); Genova, 9 giugno 1900 (*T. Gen.*, 1900, 341); Roma, 20 luglio 1901 (*T. Rom.*. 1901, 217); Trani, 18 genn. 1901 (*F. Puglie*, 1901, 57); Cass. Firenze, 2 maggio 1901 (*Proc.*, 1901, 184); Trani, 11 genn. 1901 (*Riv. Trani.* 1901, 195); Cass. Roma, 11 febbr.

Digitized by Google

Ma la predetta responsabilità non può ammettersi se il sequestro venga annullato per inosservanza delle forme che il Codice di procedura civile stabilisce (1), ovvero per incompetenza del giudice adìto (2).

61. Potrà il creditore allegare la sua buona fede?

Non mancano decisioni per l'affermativa (3); però è chiaro che così confondesi la buona fede coll'assenza di colpa, la prima non includendo la seconda. Che importa che il creditore sia stato in buona fede, se abbia agito con imprudenza? Egli avrebbe dovùto usare tutta la diligenza possibile prima di procedere al sequestro; se non l'abbia usata, è responsabile e deve risarcire il danno (4). Nè basta ad eliminare la responsabilità l'allegare che abbia proceduto in base ad un credito sussistente (5), se non siavi stato un giusto timore per dar luogo al sequestro (6).

62. Secondo Chironi (7), il criterio della temerarietà nell'avere introdotto e sostenuto un giudizio deve imperare in ogni quistione di responsabilità per danno avuto da lite, e quindi il sequestrante risponder deve dei danni interessi quando abbia agito con mala fede o colpa grave. Nell'ipotesi di risarcimento di danno contemplato all'articolo 933

1902 (*Legge*. 1902, 1, 436); Cass. Torino, 8 aprile 1903 (*La Giur*., 1903, 1221); Bologna, 26 genn. 1903 (*Temi*, 1903, 235); Cass. Torino, 21 maggio 1904 (*La Giur*.. 1904, 1189); 22 sett. 1904 (*Ibid*., 1904, 1472); Roma, 28 giugno 1904 (*Mon. Mil*.. 1904, 852); 13 sett. 1903 (*Ibid*.. 1904, 371); Cass. Torino, 16 genn. 1905 (*La Giur*.. 1905, 303); 25 febbr. 1905 (*Ibid*.. 1905, 670); Catanzaro, 4 aprile 1905 (*Giostra*. 1905, 12).

(1) Torino, 9 ott. 1882 (*Giur. It*.. 1883, 1, 54); Roma, 11 febbr. 1893 (*Ibid*.. 1893, 232). *Contro:* Cass. Torino, 17 marzo 1880 (*La Giur*., 1880, 397).

(2) Casale, 25 genn. 1882 (*Giur. Cas*.. 1882, 127); Cass. Torino, 11 apr. 1900 (*Giur. It*.. 1900, 581); 11 marzo 1902 (*La Giur*.. 1902, 589); Torino, 24 luglio 1905 (*Ibid*., 1905, 1215).

(3) Roma, 23 marzo 1888 (*T. Rom*.. 1888, 468); 11 luglio 1895 (*Ibid*.. 1895, 452).

(4) Cass. Torino, 25 luglio 1899 (*La Giur*.. 1899, 1396).

(5) Cass. Napoli, 11 dic. 1903.

(6) Genova, 11 sett. 1892 (*Giur*.. 1892, 418).

(7) *Colpa extrac*.. I, n. 116.

Digitized by Google

proc. civ., si può indagare sulla buona fede e sull'esistenza della colpa? L'autore accoglie l'opinione secondo la quale il semplice annullamento del sequestro non sia motivo bastevole alla condanna di danni interessi, ma non si arresta a richiedere la buona fede, perchè questa non esclude la colpa, bensì il dolo. L'osservazione è esatta; però l'autore crede che debba concorrere mala fede e colpa grave, e ciò « per netta deduzione del criterio governante la responsabilità del litigante temerario, meglio che dalla disposizione generale di diritto comune che per esso vien limitata ». E la stessa soluzione dà pel caso che il sequestro venga annullato per difetto di causa.

Respingiamo nella maniera più assoluta l'opinione secondo la quale il sequestrante sia soltanto responsabile nei casi di *temerarietà*. La legge di procedura non parla se non di risarcimento di danni, sia nell'art. 933 come nel 935. Presuppone che danno esista, senza di che non si comprende come possa domandarsi il risarcimento; ma quale ragione ci autorizzerebbe ad escludere l'applicazione degli articoli 1151 e 1152 del Codice civile? E quando la legge parla di risarcimento di danni, senz'alcuna limitazione, possiamo, per ciò che si riferisce alla colpa, ricorrere al criterio della temerarietà, per cui, secondo la dottrina accolta dal Chironi (e da noi respinta) può bastare la colpa grave? Senza dubbio, la buona fede deve concorrere sempre, altrimenti non si potrebbe parlare di colpa aquiliana ed il sequestrante dovrebbe rispondere di fatto doloso; ma in ordine alla colpa, la legge non distinguendo e non limitando, si rimane sotto l'applicazione della regola generale (art. 1151 e 1152 Codice civile).

63. Revocato il sequestro per difetto di causa, è a presumersi la colpa del creditore sequestrante?

Nè per l'art. 935 procedura civile, nè per l'articolo 1151 Codice civ., può ammettersi una presunzione di colpa contro il creditore; la colpa, in ogni caso, debb'essere provata (1).

---

(1) Trani, 27 luglio 1901 (*F. Puglie.* 1901, 381); Cass. Napoli, 27 sett. 1901 (*Dir. e Giur.*. XVII, 495); Cass. Roma, 5 nov. 1901 (*F. It.*. 1901, 1, 1337).

Digitized by Google

E di conseguenza è da respingersi ancora il principio talvolta ritenuto, secondo il quale il risarcimento essendo la conseguenza dell'art. 1151 Codice civ., il magistrato che valendosi dell'art. 935 proc. civ. condanni al risarcimento del danno, non abbia il dovere di fare speciale motivazione sul dolo o sulla colpa del sequestrante (1). Tale indagine non può essere trasandata, sia che il magistrato applichi la multa di cui all'art. 935 proc. civ., sia che condanni al risarcimento. Ed in ogni caso la facoltà di condannare alla multa non può estendersi al risarcimento del danno (2).

64. Quello che abbiamo detto pel sequestro dei beni del debitore è applicabile altresì quando si sequestrano beni appartenenti a terzi (3). È applicabile altresì ai casi di pignoramento annullato (4) se al pignorante sia imputabile colpa (5).

65. Chi provochi una dichiarazione giudiziaria di fallimento con animo di nuocere, ovvero con imprudenza o leggerezza, è civilmente responsabile se la dichiarazione di fallimento venga ad essere revocata. La giurisprudenza è concorde nel ritenere che tale responsabilità cessi allorquando il creditore abbia agito in buona fede, per effetto di errore scusabile (6).

---

(1) Cass. Napoli, 9 giugno 1898 (*Gazz. Proc.*, 1898, 494); Cass. Torino, 21 giugno 1901 (*La Giur.*, 1901, 1280).

(2) Catania, 5 aprile 1895 (*G. Cat.*, 1895, 85).

(3) Cass. Firenze, 13 maggio 1904 (*Ann.*, 1904, 311).

(4) Parma, 28 sett. 1877 (*Legge*, 1878, 1, 596). Ma non possiamo approvare quanto ebbe a ritenere questa Corte, cioè che la responsabilità vada misurata alla stregua dell'equità, e giusta gli art. 1228 e 1229 Cod. civ. È una contraddizione manifesta, perchè la Corte basa l'azione sull'art. 1151 Cod. civ.

(5) Cass. Roma, 3 giugno 1881 (*Giur. It.*, 1881, 749).

(6) Genova, 20 ott. 1881 (*Giur. It.*, 1881, 707); Milano, 5 apr. 1892 (*F. It.*, 1892, 1, 831); Genova, 20 luglio 1895 (*T. Gen.*, 1895, 463); 6 dic. 1895 (*Giur. It.*, 1896, 648); Brescia, 31 marzo 1896 (*Mon. Trib.*, 1896, 501); Torino, 28 agosto 1895 (*F. It.*, 1896, 1, 42); Palermo, 28 dic. 1895 (*F. Sic.*, 1896, 69); Messina, 20 febbr. 1899 (*Rif. Giur.*, 1899, 114); Milano, 12 luglio 1899 (*Filang.*, 1900, 211); Venezia, 27 aprile 1900 (*T. Ven.*, 1900, 309): Milano, 28 genn. 1902 (*Mon. Trib.*, 1902, 346); Cagliari, 16 aprile 1903 (*G. Sarda*, 1903, 232).

Digitized by Google

Noi facciamo la solita avvertenza, cioè, che in materia di quasi delitti bisogna tener conto della colpa, astrazion facendo della buona o mala fede. Non così per l'errore, il quale vizia la facoltà di volere e ci fa essere in colpa se non sia scusabile. Nessuna responsabilità quindi pel creditore che abbia provocato la dichiaratoria di fallimento per ragionevole timore di perdere il credito (1), o se dal debitore istesso fosse stato indotto in errore riguardo alla qualità di commerciante (2), o se il debitore avesse agito in maniera da generare sospetti, per es., se abbia venduto merci al disotto del loro prezzo di costo, o abbia venduto mobili alla propria moglie, o abbia simulato affari, ecc. (3).

66. Le sentenze munite della clausola di provvisoria esecuzione possono essere eseguite dalla parte se abbia interesse a ciò fare; è una facoltà della quale la parte vittoriosa può giovarsi. Ma non volendo aspettare la statuizione definitiva, si va incontro al rischio di vedere annullata la sentenza del primo giudice. In questo caso, assume responsabilità chi abbia mandata ad esecuzione la sentenza?

Senza dubbio, un tal fatto non può dirsi che costituisca *temerità;* ma con ragione si osserva che trattasi di una facoltà e quindi è prudente di non esercitarla in previsione del gravame, che, rimettendo la controversia in discussione, possa avere risultato incerto (4).

Chi abbia eseguita la sentenza non può opporre che la presunzione fosse stata in suo favore e che la sentenza fosse stata pronunciata colle forme che la legge prescrive. La legge stabilisce il doppio grado di giurisdizione, essendo giusto che le statuizioni dei primi giudici subiscano, occorrendo, il riesame; e nega, di regola, l'esecuzione alle sentenze di primo grado. È logico quindi che chi voglia eseguire la sentenza provvisoriamente esecutiva, nei casi in cui ne abbia facoltà, lo faccia a suo rischio. La colpa c'è sempre,

(1) Cass. Torino, 17 luglio 1885 (*F. It.*, 1885, 1, 873).
(2) Catanzaro, 12 marzo 1895 (*T. Cat.*. 1895, 231).
(3) Roma, 23 dic. 1884 (*Filang.*. 1885, 225).
(4) Sourdat, n. 665.

Digitized by Google

perchè era prevedibile che la sentenza avrebbe potuto essere revocata in tutto o in parte dal giudice di appello; e la patria giurisprudenza ha per tale motivo ritenuto l'obbligo del risarcimento del danno verso la parte contro la quale la sentenza fosse stata eseguita (1).

67. Si osserva in contrario che con la minaccia di responsabilità si rende frustraneo il diritto che la legge concede, ed oggidì che l'esecuzione provvisoria è lasciata al libero apprezzamento del giudice, l'istituto è circondato da naturali e sicure garanzie. Quale responsabilità può incombere alla parte? Ha forse l'interprete o il magistrato il diritto di aggiungere cautele a quelle provvidamente introdotte dal legislatore? (2). Ma tutto ciò non menoma punto l'argomento che trattasi dell'esercizio di una facoltà e non di un diritto definitivo, ma sottoposto a condizione risolutiva, a rischio e pericolo del litigante (3). Tuttavia, osserva Sourdat, vi sarebbe rigore nel condannare in tutti i casi ai danni interessi chi abbia mandato ad esecuzione una sentenza provvisoriamente eseguibile. Le circostanze, egli dice, possono escludere la colpa. Eravi grave pericolo nel ritardo, pel caso in cui la sentenza fosse stata confermata, e, al contrario, la esecuzione non recava che un mediocre pregiudizio all'appellante? Chi abbia agito sarà in gran parte scusabile. Eppoi, la quistione poteva apparire molto dubbiosa, e da essere risoluta in favore di esso, e quindi essere di buona fede; poteva avere ragione di confidare sul proprio buon successo in appello, e la riforma della sentenza essere dovuta a documenti fino allora sconosciuti. Considerazioni di questo genere possono, secondo il Sourdat, fare sparire l'imprudenza e quindi la responsabilità (4).

---

(1) Catanzaro, 31 dic. 1880 (*Gazz. Pret.*, 1881, 136); Cass. Torino, 29 marzo 1882 (*Cass. Tor.*, 1882, 1, 252); 15 nov. 1882 (*Giur. It.*, 1883, 215); Cass. Torino, 31 maggio 1883 (*Ibid.*, 1883, 679); Genova, 16 luglio 1883 (*Ibid.*, 1883, 689); Cass. Torino, 15 dic. 1883 (*Ann.*, 1884, 74).

(2) Chironi, op. cit., I, n. 919.

(3) Giorgi, V, n. 168.

(4) Op. cit., n. 665.

Digitized by Google

Non parci che le circostanze indicate dal predetto scrittore possano essere tali da fare sparire anche l'imprudenza. Nè il pericolo eventuale pel ritardo dell'esecuzione, nè la buona fede, il convincimento della bontà delle proprie ragioni possono salvare dalla meritata accusa di imprudenza. La sola possibilità della revoca della sentenza dovrebbe preoccupare sempre colui che intenda giovarsi della esecutorietà provvisoria. Come mai l'avversario dovrebbe rassegnarsi a subire un danno, che talvolta può essere irreparabile, quando, prudententemente operando, il danno avrebbe potuto essere evitato? Basta la colpa lievissima per dar luogo al risarcimento, e chi non la ravvisa nell'esercizio di una mera facoltà?

Nè crediamo possa valere ad eliminare la colpa la circostanza che l'esecuzione abbia avuto luogo pendente il termine a proporre il gravame, quando è incerto se il soccombente si acquieterà alla condanna; la condizione è la medesima, e la colpa non può escludersi.

68. Ma potrà dirsi lo stesso se mandisi ad esecuzione una sentenza di secondo grado, contro la quale penda o possa proporsi ricorso in Cassazione?

La situazione, in tal caso, dicesi essere ben diversa da quella dell'ipotesi precedente. Chi possiede una sentenza di secondo grado si sente sicuro delle proprie ragioni; la stessa legge lo autorizza ad eseguirla, non avendo effetto sospensivo il ricorso in Cassazione, il quale è un mezzo straordinario di impugnazione, una via troppo lunga e difficile, e spesso vi sarebbe danno per lo stesso debitore non eseguendo la sentenza (1).

Nella patria giurisprudenza qualche Corte suprema aveva negato, nell'ipotesi di cui ci occupiamo, il diritto al risarcimento (2), e poscia lo ammise (3).

---

(1) Sourdat, n. 666. Si conviene però che dal dì del provvedimento che ammette il ricorso, il resistente sia costituito in mala fede se esegue la sentenza impugnata. V. Sourdat, loc. cit.

(2) Cass. Torino, 31 maggio 1883 (*Giur. It.*, 1883, 679).

(3) Cass. Torino, 17 aprile 1894 (*La Giur.*, 1894, 593).

Digitized by Google

Secondo il nostro avviso, la posizione non muta. Se la legge non ha attribuito effetto sospensivo al ricorso in Cassazione, ciò non vuol dire che la parte vittoriosa sia costretta di eseguire la sentenza impugnata o che possa impugnarsi; non trattasi di giudicato irrevocabile, ed è in facoltà della parte il mandarlo ad esecuzione. La possibilità dell'annullamento esiste sempre, e ciò basta perchè si risponda della imprudenza, della leggerezza di aver mandato ad esecuzione una sentenza che poteva essere annullata. Non ammettendo la responsabilità, in tal caso, le conseguenze potrebbero essere ben gravi, quando si trattasse per esempio di demolizione di opere, ordinata colla sentenza che poscia venga annullata, e quando definitivamente venga accertato il diritto di colui che le aveva fatte costruire. Sarebbe ingiusto e perfino immorale di non risarcire un danno al quale non si aveva obbligo di sottostare e che poteva essere evitato agendo con prudenza (1).

69. Chironi è di contrario avviso. Riconosce che il non avere il ricorso effetto sospensivo è conseguenza dell'indole del gravame, che è rimedio straordinario; e raffronta queste due ipotesi, cioè quella dell'annullamento e della revoca del sequestro, in cui, la buona fede del sequestrante elimina la responsabilità, e l'altra, quella in cui la parte vittoriosa esegua una sentenza possibilmente annullabile. Ammettendo sempre la responsabilità nella seconda ipotesi, la conseguenza si è che « due posizioni di fatto quasi identiche verrebbero così diversamente valutate »; e trova che sarebbe assurdo ricorrere al criterio della temerarietà della lite, perchè l'instante ha in suo favore un potere circondato dal prestigio della presunzione di verità che vien meno solo in caso di annullamento (2). Ed anche noi riteniamo che ciò sarebbe assurdo; d'onde la inapplicabilità del criterio della temerarietà della lite ad altra ipotesi di risarcimento di danno per semplice colpa aquiliana.

---

(1) Conf. Giorgi, V, n. 168.
(2) *Colpa extrac.*. I, n. 117.

Digitized by Google

Ma qual valore può avere l'argomento desunto dal fatto che la legge permette l'esecuzione della sentenza impugnata senza alcuna garanzia? La legge dà diritto ad eseguire la sentenza, si dice; ma dove vi è diritto, non vi è ingiuria (1). Al che può rispondersi che la legge concede una facoltà; lascia libera la parte vittoriosa nell'eseguire la sentenza appunto per la straordinarietà del gravame. La posizione non è identica a quella del creditore sequestrante; lo stesso Chironi lo riconosce quando dice che sono *quasi* identiche. Il sequestrante può essersi ingannato nell'apprezzamento dei fatti per cui fu spinto a chiedere ed ottenere il sequestro; può non essere in colpa. Ma chi esegue la sentenza che può venire possibilmente annullata è conscio *a priori* delle conseguenze a cui si espone. Se, in definitivo, resterà soccombente, non avrà recato un danno *injuria*, come nel caso della demolizione di un fabbricato, o della distruzione di un'opera qualsiasi, o se abbia fatto vendere i beni del preteso debitore?

Senza dubbio, egli doveva sapere la risolubilità del suo titolo, e come era in sua facoltà di mandarlo o no ad esecuzione. Avendolo voluto eseguire, agì con imprudenza, a tutto suo rischio; è imputabile di colpa e deve risarcire il danno.

70. L'iscrizione di una ipoteca giudiziale che risulti eccessiva può dar luogo a risarcimento di danno (2); lo stesso se l'inscrizione (3) o la trascrizione (4) siano state illegalmente prese.

71. Chi esegue una convenzione nulla è responsabile del danno che possa essere derivato (5).

È responsabile altresì il creditore espropriante verso l'aggiudicatario se venga dichiarata la nullità dell'aggiudi-

---

(1) Chironi, loc. cit.
(2) Genova, 28 febbr. 1899 (*Giur. It.*. 1899, 504).
(3) Cass. Roma, 11 dic. 1901 (*F. It.*. 1902, 1, 157).
(4) Milano, 8 marzo 1897 (*Giur. Tor.*. 1897, 671).
(5) Cass. Torino, 18 dic. 1895 (*La Giur.*, 1896, 57).

Digitized by Google

cazione per omessa formalità essenziale, come sarebbe la notifica del bando ai creditori iscritti (1). Ma non sarà responsabile delle malversazioni del sequestratario giudiziario (art. 2085 Cod. civ.) « perchè tale obbligo non è connaturale alla condizione giuridica del creditore istante, il quale col provocare la nomina del sequestratario giudiziale altro non fa se non eccitare il magistrato a porre sotto l'egida della giustizia i beni del debitore mercè la persona e l'ufficio del sequestratario che ne prende il possesso e l'amministrazione, per quindi restituirli insieme coi frutti e render conto della sua gestione a chi di ragione, cioè a dire, non solo al creditore sequestrante, ma ben pure agli altri creditori ed allo stesso creditore sequestrato (2).

72. Il protesto di un effetto cambiario fatto con intenzione di nuocere, ovvero per imprudenza, può dar luogo a risarcimento di danno se ne sia derivato discredito (3). È stato giudicato che possa essere produttivo soltanto di danno materiale (4); ma nessun dubbio che il protesto possa essere produttivo anche di danno morale. Non è il protesto per sè stesso causa del risarcimento (5): quindi erroneamente si è ritenuto (6) che non occorra, in generale, provare il danno in modo specifico. Ciò può soltanto ammettersi trattandosi di danno morale, la cui valutazione è lasciata al prudente apprezzamento del giudice.

Responsabile può rendersi il giornale che pubblica l'elenco dei protesti cambiari, sia quando nessun protesto sia stato fatto contro una data persona, come ancora allorquando questi figuri per semplice omonimia, che avrebbe

---

(1) Napoli, 27 marzo 1895 (*Mov. Giur.*, 1895, 282).

(2) Lucca, 22 dic. 1891 (*F. It.*, 1892, 1, 335). Conf. Cass. Torino, 10 genn. 1875 (*Ann.*, 1876, 1, 55); Casale, 11 nov. 1887; Trani, 16 aprile 1891 (*P. It.*, 1891, 1, 853).

(3) Genova, 28 ottobre 1895 (*Giurispr.*, 1895, 451); 5 gennaio 1905 (*Legge*, 1905, 763).

(4) Torino, 8 giugno 1895 (*Giur. It.*, 1895, 458).

(5) Genova, 8 aprile 1903 (*T. Gen.*, 1903, 273).

(6) Milano, 8 marzo 1898 (*Legge*, 1898, 1, 667).

Digitized by Google

potuto essere evitata (1). Cessa però la responsabilità del giornale se altro non abbia fatto che pubblicare l'elenco fornitogli dalla cancelleria del tribunale (2).

E parimenti le agenzie di informazioni rispondono della erroneità delle notizie, semprechè vi concorra la colpa (3).

73. Chi abbia ottenuto dall'autorità giudiziaria la sospensione delle opere intraprese dal vicino è obbligato al risarcimento del danno se il provvedimento di sospensione venga poscia ad essere revocato e si provi la colpa di chi abbia provocata la sospensione (4). Anche qui si è detto che basti il ragionevole timore del danno per indurre la esclusione della responsabilità civile (5). Ma questo timore ragionevole è l'effetto della persuasione dell'animo nostro, la quale persuasione, alla sua volta, è conseguenza dei motivi che la determinano; e noi siamo in colpa quando non ne teniamo il conto dovuto. Se non che in questa materia bisogna che il giudice proceda con molta prudenza, perchè talvolta trattasi di un diritto che, *prima facie*, si presenta come incontrastabile, e poscia in seguito al dibattito giudiziario, risulta inesistente; d'onde la necessità che del risarcimento si tratti nella definitiva decisione del merito (art. 698 Cod. civ. (6). L'essere controverso il diritto, sia per ragioni di fatto o per divergenze in dottrina e giurisprudenza può escludere la colpa (7).

La suprema Corte torinese giudicò che, pendente la lite ed in omaggio al quasi contratto giudiziale, la parte che

---

(1) Torino, 22 marzo 1905 (*Filangieri*, 1905, 624); Cassaz. Torino, 10 giugno 1905 (*Legge*, 1905, 1888).

(2) Genova, 5 genn. 1905, sopra cit.

(3) Milano, 12 febbr. 1896 (*Mon. Trib.*, 1896, 329); 28 luglio 1896 (*Ibid.*, 1896, 904); 27 nov. 1902 (*Filang.*, 1903, 123).

(4) Cass. Torino, 8 maggio 1880 (*La Giur.*, 1880, 575); Cass. Firenze, 25 maggio 1905 (*Ann.*, 1905, 525). La Suprema Corte romana estese l'obbligo del risarcimento alla semplice diffida di non fabbricare, se poscia risultasse infondata. Decis. 4 febbr. 1885 (*Ann.*, 1885, 194).

(5) Cass. Torino, 10 aprile 1889 (*Legge*, 1889, 2, 521).

(6) Cass. Napoli, 4 marzo 1882 (*F. It.*, 1882, 1, 918).

(7) Modena, 6 dic. 1884 (*Filang.*, 1885, 217).

Digitized by Google

domanda la sospensione delle opere esercita un suo diritto, e, qualunque si fosse l'esito della lite, non può essere obbligata a risarcimento (1). Ciò non può affatto ammettersi; la pendenza del giudizio non fa sì che la parte la quale reputi di agire con diritto debba attendere la pronunzia del magistrato. Se essa continua, lo fa a tutto suo rischio e pericolo (2), perchè non dispregia nessun ordine del giudice; ed il dare origine ad un giudizio non significa avere ragione e quindi mettere l'avversario nella condizione di non potere giuridicamente continuare le opere. Se ciò è vero, e crediamo non se ne possa dubitare, per parità di ragione colui che ottenga l'inibitoria lo fa anch'esso a suo rischio e pericolo; questo svanisce in caso di vittoria, persiste e può dar luogo a risarcimento nel caso di soccombenza.

74. La colpa non può essere eliminata se non allorquando si dimostri che il danno sia stato l'effetto del caso fortuito o della forza maggiore. Dell'uno e dell'altro si occupa la legge in materia di obbligazioni e stabilisce che il debitore non sia tenuto a nessun risarcimento di danno quando in conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito fosse stato impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato, od ha fatto ciò che gli era vietato (art. 1226 Cod. civ., fr. 1148). Nessun dubbio che il principio debba avere la sua applicazione anche in materia di quasi delitti. La forza maggiore, il caso fortuito sono accidenti esterni che c'impediscono di agire nella maniera che vogliamo ed indipendentemente dalla volontà di coloro che ne sono causa, producono profitto oppure danno (3).

Il caso fortuito può essere un fatto dell'uomo, come un furto, un incendio, o l'effetto di forze naturali, come un fulmine, un naufragio, una inondazione o un misto di accidenti naturali e del fatto dell'uomo, come un incendio cagio-

---

(1) Decis. 3 dic. 1884 (*Giur. It.*, 1885, 129).

(2) E risponde anche del danno colposo cagionato dall'opera nuova. Roma, 8 genn. 1884 (*F. It.*, 1884, 1, 388).

(3) Domat, op. cit., tit. IX, introd. V. gli esempi nel fr. 24 Dig., *De reg. jur.*

Digitized by Google

nato da fieno che sia stato collocato nel fienile prima di essere bene asciutto (1).

Come la colpa debb'essere provata da colui che, allegando il quasi delitto, domanda il risarcimento del danno, così colui che voglia escludere la colpa deve provare il caso fortuito o la forza maggiore (2).

75. Può avvenire talvolta che il caso fortuito sia stato preceduto dall'opera dell'uomo, e che ne sia stato causa ovvero occasione; nel quale caso, insegna Domat, dalla qualità del fatto e della connessione che può avere con ciò che sia avvenuto devesi giudicare se la persona sia o no responsabile (3). Di conseguenza, chi imprudentemente giuoca alla palla in luogo pubblico, se venga a ferire qualcuno, è obbligato di risarcire il danno (4), e così chi solleva materiali con macchine, chi rimonda alberi (fr. 31 Dig. 9, 2), chi scava fossi nella campagna e specialmente nei luoghi di transito (fr. 7 Dig., 43, 24, e fr. 28 Dig., 9, 2). Il giudice dovrà attentamente indagare se il caso fortuito sia stato preceduto da colpa, e, concorrendo l'uno e l'altra, quanta parte di danno sia dovuta alla colpa, specialmente quando lo stesso caso fortuito consista nel fatto dell'uomo.

Non crediamo che la colpa possa talvolta argomentarsi implicitamente dal giudicato come afferma qualche scrittore (5); occorre invece che sia espressamente determinata con apposita motivazione. Muta la diligenza secondo le circostanze, e bisogna tener conto, in ogni singolo caso, della diligenza che doveva essere usata, per pronunziare sulla colpa. Per esempio, chi adibisce fanciulli per determinati lavori che possono offrire pericoli ha obbligo di una sorveglianza che non occorre come per gli adulti (6). Ora, la

(1) Domat, loc. cit.
(2) Sourdat, n. 649.
(3) Op. cit., p. I, lib. II, tit. VIII, sez. IV, art. 9.
(4) Loc. cit, art. 1.
(5) Sourdat, n. 650.
(6) Torino, 22 marzo 1902 (*Filang.*, 1902, 529).

Digitized by Google

motivazione debb'essere sempre esplicita, chiara, da sistemare ben nettamente la responsabilità.

76. Talvolta può trattarsi di conseguenza imprevista, di un fatto innocente, nel qual caso non s'incorre in responsabilità, perchè, dice Domat, l'avvenimento deve avere avuto qualche altra causa connessa al fatto, come l'imprudenza del danneggiato o qualche caso fortuito (1). Così, se qualcuno traversa il sito dove ha luogo il giuoco alla palla e questa venga a ferirlo, il fatto innocente di chi abbia spinta la palla non lo rende responsabile di un avvenimento che si può imputare o all'imprudenza di colui al quale è accaduto, se non poteva evitare l'esistenza di quel giuoco, o ad un caso fortuito, se l'avesse ignorato, senza dar dell'imprudente al giuocatore (2).

La soluzione è conforme a quella data dal diritto romano pel caso in cui il servo avesse transitato pel campo delle esercitazioni militari (3); ovvero il barbiere si fosse messo a radere il servo in luogo dove abitualmente si giuocava, e l'urto alla mano avesse fatto sì che il servo ne avesse avuta recisa la gola — ovvero che il curatore dell'eredità, senz'alcun legittimo motivo, avesse conservato il danaro che avrebbe potuto pagare ai creditori dell'eredità (4).

È stato ben giudicato quindi che concorrendo la colpa ed il caso fortuito, questo non esclude quella (5). Così, chi inverte somme che per giudicato irrevocabile fossero state destinate ad un uso determinato, risponde della perdita

---

(1) Curiosa è la specie decisa dalla Cassaz. Tor., 15 dicembre 1887 (*G. P. Tor.*, 1888, 86). Due individui si contendono un oggetto; l'uno cade e si rompe una gamba; l'altro è stato ritenuto irresponsabile penalmente e civilmente. Si potrebbe obbiettare se chi era dalla parte del torto fosse responsabile d'aver messo il danneggiato in condizione di cadere a causa della colluttazione. L'obbiezione potrebbe parere sottile, ma non infondata.

(2) Loc. cit.

(3) Fr. 9, § ult., Dig., 9, 2.

(4) Fr. 13 Dig., 3, 5.

(5) Venezia, 26 aprile 1894 (*T. Ven.*, 1894, 310); Cass. Palermo, 23 febbraio 1895 (*Giur. It.*, 1895, 583).

Digitized by Google

della medesima avvenuta per caso fortuito o forza maggiore (1); chi acquista con danaro e nell'interesse altrui risponde della omessa iscrizione o trascrizione (2); chi tenga il fucile carico in direzione tale che fortuitamente esplodendo rechi danno, ne è responsabile (3); e responsabile è il vettore che avrebbe potuto scegliere una via sicura e transitò per altra, dove solevano verificarsi aggressioni notturne (4); chi abbia vista imperfetta e voglia guidare cavalli focosi, anche procedendo a trotto moderato, è responsabile se investe e danneggi la gente che transita per la via pubblica (5): una donna che, alla vista di un bue scappato, lungi dal trarsi indietro, si lancia ad afferrar l'animale per le corna e ne rimanga danneggiata, non dovrebbe aver pretesa legittima di risarcimento (6). In questi e simili casi, la causa prossima del danno è da riscontrarsi nella colpa stessa del danneggiato, il quale non può esercitare azione di risarcimento (7).

I casi fortuiti sono molto probabili ad avverarsi. Così, chi impianta fabbriche di materie esplosive, espone sè e gli altri a danni assai probabili, perchè, per quanta diligenza possa essere usata nella manipolazione di tali materie, si è esposti sempre al rischio delle esplosioni. Ebbene, l'esercente un polverificio può allegare il caso fortuito se avvenga uno scoppio che danneggi le altrui proprietà? Si è risposto affermativamente (8), ma non sapremmo accogliere tale opinione. Quando un polverificio sia impiantato in luogo d'onde, avvenendo uno scoppio, possa recar nocumento alle altrui proprietà o alle persone che vi transitano, si è sempre responsabili, perchè il caso fortuito deve rientrare nelle

---

(1) Cass. Napoli, 17 dic. 1888 (*Gazz. Proc.*, XVI, 219).

(2) Cass. Napoli, 7 genn. 1880 (*Giur. It.*, 1880, 616).

(3) Bordeaux, 14 febbr. 1831 (Dalloz, 32, 2, 92).

(4) Sourdat, n. 648.

(5) Roma, 14 giugno 1884 (*T. Rom.*, 1884, 235).

(6) Invece fu ammesso il diritto al risarcimento contro il proprietario dell'animale! Casale, 31 agosto 1881 (*Ann.*, 1882, 246).

(7) Venezia, 13 giugno 1903 (*Dis. e Giur.*, XIX, 177); Lucca, 9 marzo 1903 (*Ann.*, 1903, 128); Cass. Roma, 15 agosto 1903 (*Cass. Un.*, 1903, 22).

(8) Torino, 13 marzo 1882 (*La Giur.*, 1882, 511).

Digitized by Google

prudenti previsioni di chi voglia esercitare quella data industria; il difetto di tali previsioni è imprudenza, è negligenza, è colpa, della quale si risponde indipendentemente dall'entità della medesima.

76 *bis*. Può avvenire talvolta che un fatto non cada sotto la sanzione delle leggi repressive e tuttavia essere qualificato come un fatto colposo che dia luogo a risarcimento; ovvero che l'autorità competente non abbia proceduto contro l'autore del fatto o contro di chi vi abbia dato occasione.

L'autorizzazione delle autorità competenti non esclude la responsabilità civile pel danno che possa essere cagionato ai privati. Così, l'autorità amministrativa autorizza l'impianto di uno stabilimento industriale, che reca pregiudizio ai fabbricati vicini per effetto del continuo scuotimento e del tremolìo; tale autorizzazione è richiesta nell'interesse della sicurezza pubblica, ma non può far sì che il proprietario dello stabilimento non risponda verso i proprietarî di quegli edifizî pel danno che ai medesimi rechi, o che possa sottrarsi a fare eseguire le opere necessarie a rendere tollerabile il danno (1). Anzi, malgrado l'autorizzazione dell'autorità amministrativa è stato riconosciuto ai proprietari delle case vicine il diritto di ottenere dall'autorità giudiziaria che venga chiuso l'opificio nocivo, molesto o pericoloso, senza che si possa accampare la prescrizione (2).

Un altro esempio. Uno spacciatore di carbone produce pregiudizio alle case vicine a causa del polverio prodotto

---

(1) Cass. Napoli, 15 genn. 1889 (*Giur. It.*, 1889, 362). La decisione citata ritenne essere dimostrativo l'art. 574 Cod. civ. Nello stesso senso: Cass. Torino, 18 aprile 1893 (*Giur. It.*, 1893, 615). Quest'ultima Corte ritenne anche doversi risarcire il danno cagionato dal fumo e dalle esalazioni nocive, e ciò sin dal giorno in cui cominciossi a verificare il fatto e non da quello della domanda giudiziale: Decis. 11 luglio 1895 (*F. It.*, 1895, 1, 1043).

(2) Genova, 27 maggio 1902 (*Giur. It.*, 1903, 38); Cass. Torino, 8 febbraio 1902 (*Legge*, 1902, 1, 585). Quest'ultima decisione riguardava danno derivante dal fumo e dalle esalazioni dell'officina del gas illuminante, e fu ammesso il risarcimento dopo che il proprietario vicino aveva ampliata la sua proprietà.

Digitized by Google

dal carico e dal discarico del carbone sulla pubblica strada. Malgrado abbia la licenza dell'autorità competente, deve risarcire il danno (1).

76 *ter.* Il fatto che uno stabilimento industriale sia stato regolarmente autorizzato a funzionare non esime l'imprenditore dall'obbligo di risarcire il danno che i proprietari dei predii vicini possano risentire per diverse ragioni. La quistione surse in Francia e ne venne fuori il decreto 15 ottobre 1810, che dispose: « tous les établissements qui sont aujourd'hui en activité continueront à être exploités librement, sauf les dommages dont pourront être passibles les entrepreneurs de ceux qui préjudicient aux propriétés de leurs voisins; les dommages seront arbitrés par les tribunaux ». La dottrina (2) e la giurisprudenza, compresa anche quella del Consiglio di Stato, ritennero essere la disposizione anche applicabile agli stabilimenti che sarebbero sorti in seguito (3).

Nondimeno, alcuni scrittori negarono ogni azione di risarcimento quando lo stabilimento industriale fosse stato autorizzato dalla competente autorità amministrativa, chiamata a tutelare l'igiene e la sicurezza pubblica (4). Gli scrittori di diritto amministrativo distinsero il danno materiale da quello che chiamarono morale e che sarebbe consistito nel depreziamento delle case o dei terreni vicini all'opificio. Ammisero il richiamo all'autorità amministrativa, negando ogni azione innanti le autorità giudiziarie, e di conseguenza ogni azione per risarcimento di danni interessi (5).

---

(1) Venezia, 18 febbr. 1902 (*Legge.* 1902, 1, 734), senza però che l'autorità giudiziaria possa dare provvedimenti in proposito.

(2) CORMENIN, *Dir. amm.*, I, 262; FOUCART, *Elem. di dir. pubbl.*, I, 364; SERRIGNY, *Dell'organ. e della compet.*, n. 1172 e segg. (2ª edizione); DEMOLOMBE, *Serv. préd.*, n. 653; LAROMBIÈRE, art. 1382-1383, n. 12; RÉCAMIER, op. cit., pag. 183; SOURDAT, n. 1471 e segg.; LAURENT, VI, n. 143 e segg.

(3) V. le numerose decisioni, anche delle Corti del Belgio, ricordate specialmente dal Larombière e dal Sourdat, loc. cit.

(4) DUVERGIER, nella *Riv. di dir. franc. e straniero,* 1843, X, pag. 425 e 601, e su TOULLIER, II, n. 329, nota *a;* MASSÉ, *Dir. com.*, II, n. 382 e segg.

(5) FOUCART, CORMENIN, op. cit.; DUFOUR, *Tratt. gen. di dir. amm.*. II, n. 621 e seg.

Digitized by Google

Coloro che sostenevano il principio del risarcimento in ogni caso muovevano dallo insegnamento contenuto nella legge 8, § 5, Dig. 8, 5, per cuiè lecito fare ciò che piace *in suo*, purchè non ne segua *immissio in alienum*. Assorgevano al principio generale che governar deve nella società civile l'esercizio del diritto di proprietà, anche di fronte alla stessa disposizione del Codice civile che vieta soltanto di tale diritto l'uso contrario alla legge ed ai regolamenti. « Ogni proprietario, scriveva Demolombe, considerato in relazione coi proprietari vicini, può godere e disporre della propria cosa nella maniera più assoluta solo quando circoscrivesi nei proprii confini e non rechi nocumento alla cosa altrui. Se tutti i proprietari potessero altrimenti invocare il loro assoluto diritto, è chiaro che nessuno di essi potrebbe effettivamente possederlo, e reciprocamente potrebbero ostare al pieno esercizio del proprio diritto con atti che costituirebbero attentati alla loro proprietà. Ne seguirebbe uno stato di guerra, di anarchia » (1). I motivi che avevano determinato il decreto del 1810 porgevano validissimo argomento in sostegno della predetta opinione (2), e si ritenne che l'autorizzazione per l'impianto di uno stabilimento industriale contenga tre cose: 1° il permesso dell'impianto; 2° le condizioni; 3° l'obbligo di risarcire i vicini del danno che potessero risentire. Nel primo e nel secondo caso nessuna ingerenza dell'autorità giudiziaria; nel terzo la competenza esclusiva di essa pel ristoro dei danni (3). Tale dottrina fu dai civilisti accolta senza distinzione tra il danno materiale e quello che appellasi anche morale o di opinione (4).

76 *quat.* E fu accolta anche dai patrii scrittori (5). Saredo ne trattò in maniera esauriente. Dopo avere dimostrato la

(1) *Serv. préd.*, n. 653.

(2) Si può leggere il brano della relazione che precede il decreto in Demolombe, loc. cit.

(3) V. Demolombe, loc. cit.

(4) Oltre gli scrittori sopra citati, v. Clérault, *Tratt. sugli stab. ind. peric.*, cap. VIII, n. 130.

(5) Pacifici-Mazzoni, *Inst.*, II, n. 886; Saredo, nell'*Arch. Giur.*, III, pag. 30 e segg.; Giorgi, op. cit., V, n. 421 e segg.

Digitized by Google

ragionevolezza dell'obbligo dell'indennizzo, ne ha fatto applicazione alle diverse ipotesi di danno materiale e di deprezziamento, cagionato dalle esalazioni nocive che emanano dall'opificio, dal fumo e dal rumore dei martelli, dalle scosse che subiscono le case vicine per effetto dei motori, dall'intollerabilità del rumore, dall'immissione di fumo e di polverìo, dalla emanazione di *gas* nocivo alla salute ed alla vegetazione, ecc., ricordando i diversi arresti delle Corti francesi su ciascuna delle dette ipotesi (1).

Lo stesso scrittore però ripete le osservazioni del Demolombe riguardo alla influenza che le particolari condizioni dei luoghi possono esercitare sull'entità del danno. Il trovarsi lo stabilimento nocivo in città o in campagna, vicino ad abitazioni comuni o a scuole, istituti, chiese, alberghi, ecc., in quartieri industriali, ovvero no; tutto ciò non può non esercitare influenza sull'entità del pregiudizio che può essere risentito (2). Ma non crediamo si possa affermare col Giorgi (3) che l'incomodo debba essere *eccessivo*, e che il magistrato debba tener conto se la professione o il mestiere venga esercitato con intenzione maliziosa o di buona fede. L'incomodo deve essere tale che rechi un effettivo pregiudizio, p. e. rendendo inabitabili le case vicine o non potendo essere abitate senza continue sofferenze. In quanto all'*animus injuriandi* poi, esso può soltanto aggravare l'obbligo del risarcimento, e può consistere nel non usare i mezzi efficaci a rimuovere il danno. Questa dottrina era ammessa anche dagli antichi scrittori citati dal Demolombe (4).

In questa materia devesi al giudice riconoscere un potere di apprezzamento alquanto lato. I viçini debbono tollerare, soffrire taluni inconvenienti che sono una conseguenza dell'ordinario modo di vivere, delle speciali condizioni delle famiglie. Ciascuno, p. e., deve accendere il fuoco pei bisogni domestici, e quindi deve essere tollerato dai vicini il *fumum non gravem* (5). Quando non siavi stabilita servitù, dice

(1) Monogr. cit., n. 31.
(2) Monogr. cit., n. 32.
(3) Loc. cit.
(4) Loc. cit., n. 659.
(5) Fr. 8, § 5, Dig., 8, 5.

Digitized by Google

Domat, l'incomodo viene sofferto e impedito secondo la qualità dei luoghi e quella dell'incomodo stesso, e secondo che le regole della polizia o dell'uso, se ve ne siano, avessero provveduto (1).

76 *quinq.* Può ammettersi il cosidetto diritto di *preoccupazione?*

Sarebbe un diritto fondato sull'anteriorità del possesso e sulla massima *volenti non fit injuria.* Le nostre antiche consuetudini, dice Demolombe, e gli antichi dottori, attribuivano molta importanza, nelle relazioni di vicinato, a questo concetto di preoccupazione; e cita parecchie consuetudini (2). Il decreto del 15 ottobre 1810 contribuì a mantenere in vita il principio. Era così concepito: « La locale autorità indicherà il luogo in cui le fabbriche e gli opificii compresi nella prima classe potranno stabilirsi, ed esprimerà la distanza dalle private abitazioni. Chiunque facesse costruzioni vicino alle predette fabbriche od opifici, dopo permessone l'impianto non potrà domandarne l'allontanamento ». Dottrina e giurisprudenza ammisero quindi una eccezione tale da neutralizzare, al bisogno, l'azione di

(1) Op. cit., lib. I, tit. XII, sez. 1ª, n. 10. Conf. CEPOLLA, *De serv. tratt.*, I, cap. 53, n. 1, e *tratt.*, II, cap. 43, n. 2. Gli scrittori francesi ricordano taluni arresti di Parlamenti, che or accolsero, or rigettarono domande di risarcimento proposte da professionisti contro artigiani pel disturbo prodotto dall'esercizio della propria arte. Fu respinta dal Parlamento di Grenoble (1614) la domanda di un avvocato contro un maniscalco il quale col rumore dei martelli impediva a quello di lavorare; invece domande simili furono accolte dal Palarmento di Aix (1577 e 1654). Demolombe, ricordando tali arresti, osserva: « quando l'incomodo e il danno divengono straordinarii, eccessivi, e sorpassino evidentemente la misura delle comuni obbligazioni del vicinato, è pienamente giusto ed equo concedersi azione di ristoro di danni-interessi al proprietario, il quale pel fatto del vicino trovisi nella impossibilità di godere e disporre della propria cosa, come ne ha il diritto ». E ricorda altri esempi che offre la giurisprudenza. Fu ammessa l'azione a favore del curandaio di tele, vicino alla cui casa di abitazione si impianta un opificio, dal quale emana polverio di carbon fossile, fumo e fuliggini. Lo stesso per le emanazioni di puzzo insopportabili e pel rumore violento che rendono inabitabili le case vicine, V. loc. cit., n. 658.

(2) Op. cit., n. 659.

Digitized by Google

risarcimento esercitata contro il proprietario dell'opificio; e ciò pur riconoscendo che trattasi di eccezione alla regola che gli atti meramente facoltativi non si prescrivono pel non uso, e che la eccezione anzidetta fondata sopra motivi di *equità e di necessità* non debbasi troppo ampliare (1).

I patrii scrittori hanno accolta tale dottrina come fuori discussione. « Colui che possedeva un immobile, casa od altro, così Saredo, prima che lo stabilimento nocivo venisse a impiantarsi nelle vicinanze, si trova naturalmente nella migliore condizione; il suo diritto è evidente di per sè stesso e la servitù onerosa che gli è imposta arbitrariamente lo mette tosto in grado di potere agire per la tutela delle sue proprietà. La preoccupazione, ossia l'anteriorità del possesso stabilisce a suo vantaggio una pienezza di diritto incontestata, e se anche avesse tollerato per quache tempo, prima di agire, la servitù imposta, è chiaro che ciò non attenuerebbe menomamente le sue ragioni (art. 688) » (2). Giorgi è dello stesso avviso; si lagnerebbe a torto, egli dice, dell'incomodo e del rumore quel proprietario che avesse costruito edifizi in prossimità di stabilimenti incomodi già aperti all'esercizio (3).

Noi respingiamo nella maniera più assoluta un principio il quale se trova la sua ragione per essere accolto in Francia, non sapremmo trovare quale base possa avere presso noi, dove è stato accolto *ad unguem* senza discussione. Lo respingiamo come violatore del diritto stesso di proprietà che verrebbe sottoposto ad una limitazione ingiustificabile. Il proprietario del suolo contiguo all'edifizio può edificare quando meglio gli piaccia; è una facoltà che può esercitare in ogni tempo, in guisa che il non averla esercitata non lo pregiudica (art. 688 Cod. civ.). Edificando, egli non può risentire pregiudizio nel godimento della cosa sua. A che titolo il proprietario dell'edifizio gli opporrebbe la preoccupazione? Di che natura sarebbe questo preteso diritto? Sarebbe una specie di servitù legale? No, tali servitù o pesi

(1) Demolombe, n. 659 *bis*.
(2) Monogr. cit., n. 34.
(3) Op. cit., V, n. 424.

Digitized by Google

debbono sorgere da un espresso testo di legge, e non ne abbiamo. Ora, l'interprete non può supplirvi nè in nome dell'*equità*, nè della *necessità;* e l'anteriorità del possesso a nulla può valere di fronte a ciò che è facoltativo. È un assurdo deplorevole ammettere che il possesso possa costituire una *pienezza di diritto incontestata.*

76 *sex.* L'impianto di una casa di prostituzione può dare luogo a risarcimento di danno?

Giorgi (1) ricorda parecchie decisioni di Corti francesi in senso affermativo, ed in tal senso ancora Laurent (2) e Saredo (3), il quale alla sua volta ricorda diversi pronunziati delle nostre Corti che hanno fatto diritto alle domande di risarcimento nell'ipotesi predetta. Ma siccome il Giorgi ne tratta in occasione del pregiudizio che può derivare dagli stabilimenti industriali (4), a causa delle immissioni, come esalazioni, fumo, vapori, odori, suoni o strepiti, scosse, tremolìo del suolo, ecc., trova che parecchie sentenze « hanno ravvisato il danno risarcibile anche senza niuna immissione di questo genere: verbigrazia, per l'apertura di una prossima casa di prostituzione. Nel che, egli soggiunge, noi d'accordo col Demolombe, troviamo eccesso d'indulgenza a favore del diritto di proprietà: perchè veramente chi apre una casa di questo genere, *nihil immittit in alienum;* e quando sia munito della debita autorizzazione può dire: *in suo hactenus alii facere licet* » (5). Ma noi ci permettiamo di osservare che il *nihil immittit* nulla ha da vedere col danno che può derivare ai proprietari limitrofi dall'impianto di una casa di prostituzione; il criterio sarebbe addirittura inadeguato. È l'esercizio illecito del diritto di proprietà che dà luogo al risarcimento; e se il potere sociale tollera tale esercizio

(1) Op. cit., V, n. 424.
(2) Op. cit., XX, n. 152.
(3) Monogr. cit., n. 31.
(4) Anche il Sourdat se ne occupa in tale occasione (n. 1476), ammettendo il diritto al risarcimento, e cita in tal senso le decisioni di quella Cassazione, 3 dic. 1860, 27 agosto 1861, 5 giug. 1882, 8 luglio 1884.
(5) Loc. cit.

Digitized by Google

anche autorizzandolo, ciò non è motivo che i privati debbano sopportare le conseguenze a loro dannose (1).

77. La dottrina dei patrii scrittori è prevalente nel senso che il quasi delitto commesso nell'esercizio del proprio commercio o relativo ad un atto di commercio, debba ritenersi di natura commerciale (2); la giurisprudenza è divergente su questo punto (3).

---

(1) Pel risarcimento del danno: Milano, 31 luglio 1894 (*Giur. It.*, 1894, 621), risp. il conduttore ed il locatore. In quanto a quest'ultimo può provare di non essere stato in colpa. Milano, 23 dic. 1896 (*Mon. Trib.*, 1897, 473).

(2) VIVANTE, *Dir. comm.*, I, n. 59; MANARA, *Gli atti di comm.*, n. 181, 185 e seg. e nella *Giur. It.*, 1895, IV, 14; BOLAFFIO, nella *Riv. It. per le scienze giur.*, 1890, 83; COGLIOLO, *La resp. civ. delle Soc. ferrov.*, § 19; TERRIZZANI, nell'*Ann. crit.*, II, 15; VIDARI, IX, 9169; PICCAROLI, nella *Giur. Tor.*, XXI, 329; FERRINI, *Del. e quasi del.*, n. 134. Questo scrittore espone le ragioni pro e contro ed è propenso ad accogliere quella in favore della commercialità del q. d.; ma è forse l'unica controversia nella quale l'autore non porta il contributo del suo solito acume limitandosi a recare qualche esempio che poco o nulla depone in favore dell'opinione accolta. *Contra:* PACIFICI-MAZZONI, *Rep. gen. di giur.*, v. *Comp. am.* e *giud.*, nota; BORSARI, *Cod. di comm.*, I, p. 260.

(3) Nel senso della commercialità del quasi delitto: Genova, 23 febbraio 1893 (*T. Gen.*, 1893, 211); 18 febbraio 1893 (*Filang.*, 1893, 163), 19 marzo 1894 (*T. Gen.*, 1894, 220); 7 giugno 1895 (*Giur. It.*, 1895, 522); Roma, 21 maggio 1895 (*F. It.*, 1895, 1, 692); Torino, 2 marzo 1895 (*La Giur.*, 1895, 343); Torino, 23 nov. 1894 (*Ibid.*, 1895, 106); Milano, 16 febbraio 1897 (*Mon. Mil.*, 1897, 312); 28 aprile 1897 (*Ibid.*, 1897, 548); Brescia, 28 ott. 1896 (*F. It.*, 1897, 1, 43); Roma, 15 dic. 1896 (*T. Rom.*, 1897, 328); Cass. Napoli, 7 aprile 1900 (*Giur. It.*, 1900, 319); Cass. Roma, 5 aprile 1899 (*T. Rom.*, 1900, 97); Genova, 29 ott. 1898 (*T. Gen.*, 1898, 622); Cass. Roma, 29 luglio 1900 (*F. It.*, 1900, 1, 112); Brescia, 29 nov. 1900 (*Filang.*, 1901, 223); Cass. Roma, 5 nov. 1902 (*F. It.*, 1902, 1, 1354); Torino, 6 giugno 1902 (*La Giur.*, 1902, 976); 4 agosto 1903 (*F. It.*, 1903, 1, 1425); Cass. Firenze, 5 maggio 1904 (*Legge*, 1904, 1706); Genova, 22 genn. 1904 (*Dir. e Giur.*, XIX, 752); Ancona, 9 aprile 1904 (*T. d'Anc.*, 1904, 131); 26 marzo 1904 (*F. It.*, 1904, 1, 625); Genova, 18 ott. 1904 (*T. Gen.*, 1904, 693).

Nel senso della non commercialità: Cass. Torino, 6 marzo 1895 (*F. It.*, 1895, 1, 495); Cassaz. Napoli, 13 luglio 1895 (*Ibid.*, 1895, 1, 029); Cass. Torino, 13 nov. 1895 (*La Giur.*, 1895, 777); Genova, 7 giugno 1895 (*T. Gen.*, 1895, 430); Cass. Torino, 17 aprile 1896 (*La Giur.*, 1896, 325);

Digitized by Google

Così, l'azione di risarcimento esercitata dall'operaio contro l'imprenditore or si è ritenuta di natura civile, quantunque derivante da quasi delitto (1), ed or di natura commerciale (2); lo stesso per l'azione esercitata dai terzi contro l'amministrazione ferroviaria (3). E talvolta si è confusa la colpa extracontrattuale con quella derivante da contratto.

78. In mezzo a tanta divergenza di opinioni occupiamoci anzitutto della questione principale, che è quella di vedere se possano esistere quasi delitti di natura commerciale. La questione è importante sotto il punto di vista della prescrizione dell'azione e della competenza territoriale.

L'indagine va fatta sia nel presupposto che esista un precedente rapporto contrattuale tra il danneggiato e l'autore del danno, sia nel presupposto chè tale rapporto non fosse esistito. In difetto di un precedente rapporto contrattuale, il quasi delitto del commerciante, si è detto, deve andare

---

Genova, 12 giugno 1896 (*T. Gen.*, 1896, 359); 28 agosto 1896 (*Giur. It.*, 1896, 795); 25 agosto 1896 (*F. It.*, 1896, 1, 987); Milano, 7 maggio 1896 (*Legge*, 1896, 2, 452); Torino, 16 maggio 1896 (*La Giur.*, 1896, 639); Cass. Torino, 27 ott. 1899 (*Giur. It.*, 1900, 39); Cassaz. Roma, 13 maggio 1901 (*C. S. Rom.*, 1901, 2, 87); Torino, 29 dic. 1902 (*La Giur.*, 1903, 221).

(1) Cass. Torino, 21 maggio 1897 (*Giur. It.*, 1897, 815); Genova, 12 marzo 1897 (*T. Gen.*, 1897, 231); 14 dic. 1897 (*Ibid.*, 1897, 720); Venezia, 2 aprile 1897 (*T. Ven.*, 1897, 224); Genova, 4 nov. 1896 (*F. It.*, 1897, 1, 49); 9 luglio 1897 (*Ibid.*, 1897, 1, 1167); Catanzaro, 13 ott. 1896 (*T. Cat.*, 1896, 417); Milano, 15 febbr. 1898 (*Mon. Trib.*, 1898, 909); Torino, 14 sett. 1897 (*La Giur.*, 1900, 30).

(2) Cass. Roma, 16 agosto 1897 (*F. It.*, 1897, 1, 974); 11 febbr. 1897 (*T. Rom.*, 385); Brescia, 28 ott. 1896 (*F. It.*, 1897, 1, 43); Cass. Roma, 13 luglio 1898 (*T. S. Rom.*, 1898, 2, 317); Torino, 8 giugno 1897 (*La Giur.*, 1898, 192); Cagliari, 6 marzo 1898 (*G. Sarda*, 1898, 292); Genova, 10 marzo 1899 (*F. It.*, 1899, 1, 610); Torino, 11 aprile 1902 (*Infortuni*, II, 142); 26 giugno 1903 (*La Giur.*, 1903, 295); Trani, 26 febbr. 1904 (*Riv. Trani*, 1904, 729).

(3) Per la commercialità: Perugia, 17 dic. 1904 (*Giur. It.*, 1905, 201); Milano, 1° febbr. 1905 (*F. It.*, 1905, 1, 391); Cass. Torino, 23 gennaio 1905 (*La Giur.*, 1905, 284).

Contro: Brescia, 16 ott. 1901 (*Mon. Mil.*, 1902, 12); Cass. Torino, 2 luglio 1904 (*F. It.*, 1904, 1, 1233).

Digitized by Google

sempre regolato dall'articolo 1151 del Codice civile, ed è quindi di natura civile. Ma qualche decisione pronunziata in questo senso è stata contraddetta. Così la decisione 17 agosto 1896 della Corte di Genova (1) è stata annotata dal Pipia, il quale par che abbia sostenuto innanti quel collegio un assunto diverso da quello sostenuto colla decisione predetta (2).

Pipia invoca l'articolo 4 del Codice di commercio e tra *le altre obbligazioni* dei commercianti vuol fare rientrare i quasi delitti commessi nell'esercizio del loro commercio; ed opina che siano da ritenersi di natura essenzialmente civile tutti quegli atti *la cui intima essenza ripugna al concetto della mercatura,* come il matrimonio, la figliazione, la tutela, la curatela, l'adozione, ecc. Ma il delitto ed il quasi delitto non ripugnano al concetto della mercatura? Pipia riconosce che l'obbligo dell'indennizzo per delitto e quasi delitto *ha in sè qualche cosa che lo distacca dal concetto di commercio,* e comincia coll'affermare che quel fatto generatore dell'obbligazione, come fatto, sia suscettibile di assumere impronta civile o commerciale; ma questa dimostrazione non viene da lui data, e vuole studiare, più che il *fatto generatore,* l'*effetto giuridico,* cioè l'obbligo di risarcire il danno, il pagamento « che fatto dal commerciante e in dipendenza dell'esercizio del suo commercio, non può davvero qualificarsi di natura essenzialmente civile ». Questo metodo però non è per nulla razionale, perchè nulla di più logico che studiare la causa per ben qualificare l'effetto. Tuttavia anche noi vogliamo seguire il Pipia nella indagine che egli fa della specie decisa dalla Corte di Genova.

La Società ferroviaria, per sordida avidità di lucro, non solo non aveva tenuto quel sufficiente numero di guardiani e quelle cautele di chiusura che erano necessarie alla tutela delle persone, ma aveva affittato ad uso di bottega i voltoni

(1) *F. It.*, 1896, 1, 987.

(2) Quantunque di opinione diversa da quella a cui aderisce il Pipia, la sua monografia non tralascia di essere pregevole sotto il punto di vista dell'erudizione, ed il lettore consultandola potrà anche rilevare le perplessità degli scrittori francesi sulla questione.

Digitized by Google

situati lungo la sede dei binari. « Ora, è evidente, dice il Pipia, che tutte queste colpe che portarono poi come conseguenza ultima l'obbligazione di risarcire il danno, furono dalla commerciante Società poste in essere per economia, per spendere meno, e quindi per lucrare, per guadagnare di più nell'esercizio del commercio, essendo risaputo che in ogni bilancio il lucro sta in ragione inversa della spesa. Conseguentemente il fatto dannoso è avvenuto, l'obbligo di indennizzo è sorto perchè la Società commerciante voleva guadagnare di più nella sua gestione commerciale ». E tirando innanti con questo ragionamento, lo scrittore fa l'ipotesi opposta, quella cioè in cui la Società ferroviaria usi tutta la diligenza possibile nell'esercizio; allora sarà obbligata di spendere di più, guadagnando di meno nell'esercizio del suo commercio; ma per contro non succederanno più fatti dannosi, delitti e quasi delitti; non sorgeranno più obbligazioni di indennizzare il danno dato. « È palese quindi l'intima connessione tra l'esercizio del commercio da una parte e i quasi delitti e l'obbligo di risarcimento dall'altra; questi ultimi stanno in rapporto inverso del primo; sorgono quando dal primo si voglia ricavare maggior lucro di quanto onestamente un diligente ed oculato commerciante non ricaverebbe. Conseguentemente non è serio affermare che l'obbligazione sia di natura essenzialmente civile, che ripugni all'intima natura del commercio, mentre invece non ne costituisce se non una diretta ed immediata applicazione ».

79. Crediamo di non errare affermando che il concetto dell'obbligazione commerciale, come ci vien dato dal Pipia, sia addirittura nuovo, e per quanto nuovo, altrettanto erroneo. Che la colpa contrattuale possa dar luogo ad obbligazione commerciale ben si comprende; ma che ciò avvenga per la colpa, la sordida avidità di lucro per cui un commerciante si avvantaggi e per cui rimanga obbligato di risarcire il danno ai terzi, è tal cosa che non si comprende come tesi scientifica, sibbene come tesi defensionale. L'idea del lucro commerciale non poteva essere più malamente fraintesa.

Lo scrittore si lamenta che la nostra magistratura abbia una palese ripugnanza di riferire al rapporto commerciale

Digitized by Google

il concetto del delitto o del quasi delitto « quasichè si volesse sostenere che il quasi delitto, il fatto positivo o negativo, che *injuria*, cioè *non jure*, arreca danno ad altri, costituisce un atto di commercio ». Per l'opposto, a ciò si riesce; le obbligazioni commerciali non possono nascere se non da atti di commercio. Nè è vero che la giurisprudenza patria propenda a ritenere che sol perchè un negozio giuridico sia contemplato e regolato dalla legge civile, non possa appartenere alla materia commerciale, nè avere l'intrinseca indole e natura commerciale. Sarebbe davvero deplorevole cosiffatta tendenza, per non dir altro. Ma quando il Codice civile proclama il principio generale di responsabilità in materia di delitti o quasi delitti, e si riconosce, come ne conviene lo stesso Pipia, che, « l'obbligazione del commerciante da indennizzare il danno dato con colpa aquiliana, è, in mancanza della legge commerciale, disciplinata nella sua estensione, conseguenze ed effetti della legge civile » — come mai può dirsi che « cionostante, è di natura ed essenza commerciale, perchè intervenuto nello svolgimento dell'attività commerciale, a causa e come effetto della stessa? »

Affinchè il delitto o quasi delitto fosse di natura commerciale si dice essere necessario che il fatto doloso o colposo si avveri nella esecuzione della convenzione stipulata tra il commerciante ed il danneggiato. Ma quando abbiamo un rapporto contrattuale, allora non è a parlare di obbligazione che si contrae al di fuori di ogni convenzione, come sono i quasi delitti. L'atto di commercio presuppone un rapporto giuridico che vien posto in essere tra due o più persone. « Come potrà dirsi, osserva la suprema Corte torinese, che il danno recato per negligenza, imprudenza o imperizia all'altrui proprietà o all'altrui persona coll'esplosione di una mina o con un colpo di arma da fuoco, costituisca un atto di commercio o di altra natura fra danneggiante e danneggiato? Le parole *atti di commercio tra ogni sorta di persone, atto commerciale anche per una sola delle parti*, includono necessariamente il concetto di atti o rapporti giuridici posti in essere col consenso volontario di più persone. E se sotto di questo aspetto potrà qualificarsi atto di commercio un quasi contratto, come la gestione di affari

Digitized by Google

in materia commerciale, perchè intenzionalmente diretta all'amministrazione della cosa altrui, e determinata anche dall'accettazione presunta e imposta dalla legge per parte del terzo che della gestione profitta, o il pagamento dell'indebito, che necessariamente suppone un debitore che paga e un creditore che riceve, quantunque ambedue versino in errore sulla esistenza del debito, non egualmente si comprende come possa dirsi atto di commercio un quasi delitto, che si concreta in un danneggiamento colposo, mancando in questo ogni elemento intenzionale sia da parte del danneggiante, che pure esercitando il suo commercio o la sua industria non mirò per nulla a recar danno ad altri, sia da parte del danneggiato che al danneggiamento non acconsentì, altrimenti non potrebbe parlarsi di quasi delitto » (1).

Ma la stessa Corte ammette che vi possono essere diverse azioni e controversie che l'art. 86 Cod. comm. attribuisce alla giurisdizione commerciale e delle quali taluna può anche derivare da fatti aventi carattere di quasi delitto. Il sequestro di una nave, anche per debito civile, se riconosciuto senza causa, dà luogo a risarcimento di danno — Ma altro è l'azione di rivocazione o di conferma del sequestro di una nave, azioni che vanno devolute alla giurisdizione commerciale, ed altro è l'azione di risarcimento che sperimenta il debitore contro il sequestrante per essere stato fatto il sequestro senza causa. L'azione di risarcimento contemplata dall'articolo 935 proc. civ. è fondata in questo, come in tutti gli altri casi, nell'articolo 1151 Codice civile. Anche senza la disposizione dell'articolo 935, l'azione di risarcimento sarebbe stata sempre esperibile, trattandosi di un fatto colposo che reca danno ad altri. Che cosa havvi di commerciale in tale azione? Nulla.

La Cassazione torinese parla anche delle azioni contro i capitani di nave, gl'institori e rappresentanti, i viaggiatori di commercio ed i commessi di negozio, le quali azioni derivano dai fatti del loro commercio, ma soggiunge: « semprechè fra danneggianti e danneggiati non intercedano

(1) Decis. 6 marzo 1895 (*F. It.*. 1895, 1, 495). Conf. decis. 13 nov. 1895 (*Giur. It.*, 1896, 81).

Digitized by Google

rapporti contrattuali che imprimano alla colpa il carattere di contrattuale, anzichè di aquiliana »! dunque la colpa aquiliana è sempre di natura puramente civile.

80. Spesso, come abbiamo detto, la colpa contrattuale è stata confusa con quella aquiliana. Nel contratto di trasporto per ferrovia, la Società o chi gestisce l'esercizio assume l'obbligo del trasporto e del trasporto sicuro. Ora, dice il Marchesini (1), *il fatto quasi delittuoso* del quale l'amministrazione ferroviaria è chiamata a rispondere *entra nella cerchia contrattuale.* Ma se la colpa ha carattere contrattuale non può parlarsi di quasi delitto, che implica obbligo senza precedente convenzione. Il danno sofferto dal viaggiatore dà luogo ad un'azione *ex contractu;* ciò risulta evidente da quanto lo stesso annotatore scrive in ordine al danno che possono risentire coloro che siano estranei al contratto di trasporto. » In tal caso il delitto o quasi delitto che può implicare la responsabilità civile dell'amministrazione ferroviaria non s'innesta ad obbligazione commerciale fra l'amministrazione e la persona lesa, per la quale quel delitto o quasi delitto possa costituire l'inadempimento di un patto contrattuale; quel delitto o quasi delitto interviene invece come semplice accidentalità, cioè come fatto che si verifica in occasione dell'esercizio di una industria, ma senza alcun carattere commerciale ». Ed in questo senso cita la decisione 23 settembre 1886 della suprema Corte torinese (2), pronunciata nella specie in cui un macchinista era morto urtando con una sagoma e la vedova aveva chiesto l'indennizzo. E così fu giudicato dalla Corte d'appello di Roma (3) che l'azione sperimentata dall'operaio ferroviario contro la Società per danni cagionati dall'urto di un vagone sia di natura civile.

Talune decisioni che si adducono in favore della possibile commercialità dei delitti e quasi delitti debbono essere

---

(1) Nota alla decis. 6 luglio 1889 della Corte d'appello di Firenze (*F. It.*, 1890, 1, 250).

(2) *Giur. It.*, 1886, 589.

(3) Decis. 28 aprile 1894 (*Giur. It.*, 1895, 14).

Digitized by Google

bene esaminate perchè non sempre suffragano tale assunto; tale è quella della suprema Corte romana 16 aprile 1896 (1). Un operaio ferroviario, per ordini superiori, eseguendo una manovra resta preso fra due repulsori e riporta lesioni gravi da renderlo inabile al lavoro per tutta la vita; ma il danno non veniva attribuito a colpa della Società ferroviaria, cioè a quasi delitto, sibbene a caso fortuito, e se ne chiedeva il risarcimento per colpa contrattuale. Il supremo collegio osservò che l'esercizio di ferrovie rientra negli atti di commercio, e le locazioni d'opera consentite coi lavoratori sono di natura commerciale. « Da tali contratti scaturiscono naturalmente diritti e doveri reciproci, e se la Società è nel diritto di ottenere l'opera ed il lavoro dai suoi operai dipendenti, dalla sua parte è nel dovere anche di garantire la incolumità personale per gli infortunii da detti operai incontrati nell'esercizio delle loro incombenze e quando agiscono per ordine dei dipendenti della Società » (2). Non trattavasi adunque di quasi delitto, quantunque la Corte non tralasci di affermare che anche in tal caso l'azione sarebbe stata di natura commerciale « perchè strettamente legata al contratto, e come accessorio dello stesso ne vesta la commercialità ».

Ed in quest'ultimo caso anche la suprema Corte romana ha ritenuto il quasi delitto di natura commerciale. « L'azione per risarcimento dei danni derivanti da colpa aquiliana, anche quando va addebitata ad un commerciante, nell'esercizio del suo commercio, è d'indole civile, *come mai si è dubitato*, come nessuno ha sconosciuto che sia d'indole civile l'azione per risarcimento di danno causato da delitto o quasi delitto commesso dal commerciante nell'esercizio del suo commercio. E ciò perchè il delitto o quasi delitto, quale che sia la relazione che possa avere coll'atto commerciale, da questo resta sempre distinto e conserva la

(1) *F. It.*, 1896, 1, 601.

(2) Conf. Cass. Torino, 5 sett. 1895 (*La Giur.*, 1895, 772); 2 marzo 1895 (*Ibid.*, 1895, 343); 23 nov. 1894 (*Ibid.*, 1895, 106); Napoli, 25 maggio 1895 (*Giur. It.*, 1895, 1, 2406); Cass. Napoli, 18 nov. 1895 (*Gazz. Proc.*, XXVII, 411).

Digitized by Google

sua indole civile, per la ragione semplicissima che non è l'atto di commercio che dà luogo all'infortunio, ma la colpa, la negligenza e l'imprudenza, di cui l'esercizio del commercio è la causa occasionale ed accidentale, non quella determinante la colpa. E ciò è tanto vero che l'indole commerciale venne ritenuta esclusivamente quando il danno è patito dalle persone che contrattarono col commerciante che lo determinò. In questo caso l'azione deriva *ex contractu*, e se commerciale è il contratto, ne consegue che commerciale sia l'azione che ne deriva. Escluso però il contratto, non è a parlare di azione commerciale, mentre ogni azione per risarcimento di danno derivato da delitto o quasi delitto è sempre d'indole civile, essendo indifferente che il danno siasi commesso da un commerciante nell'esercizio del suo commercio » (1).

Per quanto il supremo collegio abbia voluto limitare il carattere commerciale dei quasi delitti al danno cagionato nell'esecuzione di contratti commerciali, non ha potuto evitare la contraddizione flagrante tra le premesse e le conseguenze del suo ragionamento. Se, qualunque possa essere la relazione coll'atto commerciale, il delitto o quasi delitto resta sempre distinto da quello e conserva la sua indole civile, come mai può esservi caso in cui delitto o quasi delitto possano avere natura commerciale? (2)

L'azione commerciale, si dice, deriva *ex contractu*, e così l'azione di risarcimento, che è accessoria; ma è questo un errore deplorevole, perchè l'azione accessoria, se pur così voglia chiamarsi quella di risarcimento, partecipa, è vero, dell'indole stessa dell'azione principale, e nondimeno è sempre un'azione *ex contractu*. E se deriva dal contratto, come può parlarsi di delitto o quasi delitto, che non suppongono per nulla il contratto? La contraddizione è così evidente che non abbisogna di ulteriore dimostrazione.

---

(1) Decis. 14 giugno 1899 (*F. It.*, 1900, 1, 439).

(2) In questa contraddizione cadono alcuni scrittori francesi come il Massé (IV, n. 2613), l'Alauzet (VIII, n. 2953) ed altri.

Digitized by Google

81. Noi riteniamo adunque che in nessun caso sia possibile un delitto o quasi delitto che abbia indole commerciale, sia che si consideri sotto il punto di vista dell'atto di commercio, e con questo nulla hanno di comune il delitto o il quasi delitto, sia che si consideri il delitto o il quasi delitto occasionalmente all'atto di commercio, ed in questo caso abbiamo un fatto doloso o colposo, al quale l'atto di commercio dovrebbe comunicare il carattere proprio, qual è quello della commercialità. L'occasione non equivale a causalità; un fatto che avviene in occasione di un altro non si dice che da questo sia determinato; e l'intenzione di nuocere, l'imprudenza o la negligenza sono determinate da ben altre ragioni che non dalle occasioni in cui si verificano. Un droghiere, un farmacista fanno atti di commercio vendendo i loro farmaci; se per dolo o per colpa dànno un veleno invece dell'innocuo farmaco prescritto dal medico, ovvero il veleno esteso in quantità superiore a quella prescritta, sono responsabili di delitti o quasi delitti. Certo, se non avessero esercitata quella tale professione, non avrebbero potuto consumare fatti di simil genere; ciò ha potuto verificarsi occasionalmente all'esercizio della loro professione. E che importa ciò? La responsabilità civile è sempre retta dagli articoli 1151 e 1152 del Codice civile; l'occasione non può esercitare influenza di sorta per dare la qualifica di commerciale al delitto o al quasi delitto, i quali trovano la loro spiegazione o nel dolo o nella colpa, indipendentemente dalla qualità di commerciante che possa avere l'agente, o dall'atto di commercio che fu occasione al fatto illecito. Se non c'inganniamo parci che poche verità giuridiche si presentino così chiare come quella della quale ragioniamo.

Ed in ultimo, lo ripetiamo ancora, l'essere stato commesso il delitto o il quasi delitto nell'esecuzione d'un contratto commerciale non implica che indole commerciale possa attribuirsi al delitto o quasi delitto. O il fatto illecito si rannoda all'esecuzione del contratto, anche come accessorio a principale, e non può dar luogo che ad azione *ex contractu*, venendo esclusi il delitto o il quasi delitto. Ovvero non si rannoda al contratto, ed allora abbiamo il fatto

Digitized by Google

illecito, delitto o quasi delitto, di natura essenzialmente civile, governato dagli articoli 1151 e 1152 del Codice civile.

82. La giurisprudenza che ammette il carattere commerciale dei quasi delitti commessi in occasione delle esecuzioni di contratto commerciale o dell'esercizio del commercio, ritiene come una conseguenza l'applicabilità dell'art. 91 proc. civ. alle azioni di risarcimento. Se sono obbligazioni commerciali che si *contraggono*, si dice, debbono essere come tutte le altre della stessa indole soggette alla medesima norma di competenza — È vero che le obbligazioni derivate da quasi delitto hanno carattere unilaterale; ma questo argomento, che è addotto anche dal Mattirolo (1), da altri scrittori (2) e dalla Cassazione romana (3), non ha valore. Se è innegabile che l'art. 91 proc. civ. e pei precedenti storici e per la relazione Pisanelli, si riferisce alle convenzioni espresse, è a vedere se per analogia possa applicarsi ai casi in cui l'obbligazione sia di quelle che si contraggono senza convenzione, ma che siano contratte sempre in occasione dell'esecuzione di un contratto. Valga il seguente ragionamento della suprema Corte romana nella decisione che abbiamo ricordata per fare rilevare la contraddizione in cui s'imbatte, sostenendosi che il quasi delitto abbia natura commerciale, e nondimeno rendesi applicabile l'art. 91 procedura civile: « È dottrina oramai concordemente professata, dice la Corte, che quando il fatto è causa del danno *incidit in executione contractus*, la colpa è sempre contrattuale e non aquiliana. La scuola si è largamente occupata di questa quistione, potendo accadere che l'obbligato per contratto si renda autore di un delitto o quasi delitto, che faccia diventare impossibile l'adempimento del contratto. Si è domandato se in tal caso possa ammettersi il concorso delle due azioni, quella cioè determinata dal fatto illecito e quella determinata dalla obbligazione con tutte

(1) Op. cit., I, n. 872 (5ª ediz.).

(2) Cuzzeri, sull'art. 91 proc. civ.; Datta, nella *Legge*, 1880, 3, 95 e segg.

(3) Decis. 18 maggio 1905 (*F. It.*, 1905, 1, 1393).

Digitized by Google

le conseguenze dannose che ne scaturirebbero pel debitore. E si è risposto che anche quando la inesecuzione dell'obbligazione assuma una forma delittuosa, si ha sempre la responsabilità contrattuale, ed il delitto cade nell'adempimento, si volge e si esaurisce con esso, e non è che una forma di violazione del rapporto obbligatorio. Si tratta di un inadempimento qualificato delittuoso, ma che costituisce sempre un danno contrattuale » — Ma se è danno contrattuale, perchè non sarà applicabile l'art. 91 procedura civile? Secondo il nostro avviso, è più conforme alla logica che venga tale articolo applicato all'esercizio di un'azione che è intimamente legata a quella *ex contractu*. Ma, nella specie decisa dalla suprema Corte romana trattavasi di danno cagionato da concorrenza sleale, e la Corte dopo una lunga motivazione sull'indole dell'articolo 91 proc. civ. conchiuse: « Attesochè l'azione di risarcimento di danno per concorrenza sleale esercitata dalla ditta C. poggiando sul disposto dell'art. 1151 Cod. civ., non può sottrarsi alla cennata regola generale di competenza territoriale... » (1). E bastano queste poche parole per troncare ogni discussione sull'articolo 91 proc. civ. Invero, il danno prodotto da concorrenza sleale è di natura aquiliana, quantunque consumato in occasione di atti di commercio o da commerciante (2).

CAPITOLO IV.

DEL DANNO PATRIMONIALE.

1. *Natura del danno derivante da delitto o quasi delitto. Inapplicabilità degli art. 1125 a 1129 Cod. civ. al risarcimento del danno predetto.*
2. *Continua. Il danno dev'essere risarcito per intiero.*
3. *Inapplicabilità dell'art. 1132 Cod. civ. al danno derivante da delitti e quasi delitti.*

---

(1) Cioè dell'art. 90 proc. civ.

(2) Nello stesso senso della Cass. romana: Cass. Napoli, 17 ott. 1904 (*Dir. e Giur.*, XXIII, 299).

Digitized by Google

4. *Da qual giorno debbono decorrere gl'interessi sulle somme, al pagamento delle quali sia condannato l'autore del danno.*
5. *Continua.*
6. *Continua.*
7. *Il danno ha dovuto aver luogo o esser certo che si verificherà.*
8. *Ipotesi in cui il danno abbia carattere continuativo o in cui venga ad aggravarsi.*
9. *Il risarcimento si estende al danno immediato o mediato, preveduto o impreveduto.*
10. *Il danno patrimoniale non può essere liquidato* arbitratu boni viri.
11. *E non si può tener conto della condizione economica dell'offensore e dell'offeso.*
12. *E nemmeno della probabilità di aumento del patrimonio dell'offeso.*
13. *E nemmeno della gravità dell'offesa e della colpa.*
14. *Nè tampoco del valore di affezione delle cose.*
15. *Si può ordinare dal giudice la restaurazione della cosa danneggiata oltre la condanna ai danni-interessi.*
16. *L'indennizzo può essere determinato in una somma capitale o in un'annua rendita.*
17. *Critica di un'opinione del Chironi che ammette la validità della liquidazione convenzionale del danno anteriormente al fatto illecito.*
18. *Continua.*
19. *Indole dell'apprezzamento sulla esistenza e la misura del danno.*
20. *Liquidazione del danno in seguito a condanna generica.*

1. Dopo quanto abbiamo detto sul fatto illecito ed antigiuridico che dà luogo al delitto o al quasi delitto, è agevole comprendere quale danno dia luogo a responsabilità civile e quindi a risarcimento. Gli articoli 1151 e 1152 comprendono qualsiasi danno per cui venga lesione ad un nostro diritto di qualsiasi specie; danno che suolsi chiamare materiale e che si concreta nel *lucrum cessans* e nel *damnum emergens* (1), ovvero morale come in seguito vedremo. Ed abbiamo osservato come il fatto doloso o colposo debb'essere la causa efficiente del danno; in altri termini vi debb'essere la relazione come tra causa ed effetto. Ma noi possiamo risentire danno anche allorquando la persona colla quale

(1) La speranza di realizzare un guadagno non può costituire un danno. Un tale è impedito di concorrere ad un premio di lotteria; la mera possibilità di vincere il premio non basterebbe per costituire la speranza nel senso stretto e giuridico, perchè le probabilità di nulla guadagnare sono immensamente maggiori di quelle di vincere il premio.

Digitized by Google

abbiamo contrattato non esegua la convenzione, ovvero non la esegua nella maniera stabilita nel contratto; dolo o colpa possono essere causa di tale inadempimento e dar luogo a risarcimento di danno. Il quale risarcimento è regolato da parecchie disposizioni del Codice civile, che si leggono nel capo III del libro III del detto Codice. Ma le dette disposizioni non sono applicabili al danno derivante da delitti e quasi delitti, che è apprezzato indipendentemente da qualsiasi intenzione e da qualsiasi entità della colpa (1); mentre trattandosi di esecuzione di contratto, il creditore è prevenuto, può vigilare sui proprii interessi per iscongiurare in tutto o in parte il danno, il che non è possibile trattandosi di delitto o quasi delitto (2). E la patria giurisprudenza è prevalente nel senso di non potere applicare ai delitti e quasi delitti le disposizioni degli art. 1125 a 1129 del Cod. civ. (3).

---

(1) TOULLIER, op. cit., n. 143.

(2) SOURDAT, n. 459. Giorgi ammette che l'art. 1228 si possa applicare alla colpa aquiliana, e crede giustificabile la massima tradizionale che autorizza il giudice a moderare il rigore della condanna quando l'autore del fatto illecito sia responsabile di colpa semplice disgiunta dal dolo (op. cit., V, n. 159). Ma non comprendiamo come la quistione della responsabilità dei danni prevedibili e non prevedibili al momento della consumazione del fatto illecito possa dipendere dal grado della colpa, dalla cosidetta colpa semplice, tanto più quando i lavori preparatorii del Codice francese, come riconosce lo stesso Giorgi, provano come si volle togliere al giudice la facoltà arbitraria di moderare la refusione dei danni, ispirandosi a criterii di equità non riconosciuti esplicitamente dalla legge (loc. cit.). Notiamo che il § 823 del Codice civile germanico non fa alcuna distinzione tra danni diretti e indiretti.

(3) Cass. Firenze, 7 luglio 1882 (*F. It.*. 1882, 1, 862); 29 genn. 1889 (*F. It.*. 1891, 1, 311); 10 marzo 1892 (*Legge*. 1892, 1, 660); Cass. Torino, 10 luglio 1894 (*La Giur.*. 1894, 783); 25 genn. 1895 (*Ibid.*. 1895, 289); Torino, 4 agosto 1893 (*Ibid.*. 1893, 633); Milano, 9 maggio 1892 (*Mon. Trib.*, 1892, 771); Cass. Torino, 10 dicembre 1897 (*Giur. It.*. 1898, 180); Bologna, 23 maggio 1898 (*Mon. Bol.*. 1898, 185); Genova, 23 agosto 1898 (*T. Gen.*. 1898, 631); Cass. Torino, 9 maggio 1899 (*Giur. It.*, 1899, 581); Venezia, 7 febbr. 1901 (*Temi*, 1901, 156); Milano, 6 ott. 1903 (*Giur. It.*, 1904, n. 67). Cons. FERRINI, *Del. e quasi del.*, n. 131.

Contro: Cass. Firenze, 17 giugno 1892 (*Legge*, 1892, 2, 407); Bologna, 2 ott. 1893 (*Mon. Bol.*. 1893, 117); Milano, 17 aprile 1894 (*Mon. Trib.*, 1894, 429); 24 nov. 1897 (*Giur. It.*. 1898, 73); Cass. Firenze, 27 marzo 1899 (*Ann.*, 1899, 248).

Digitized by Google

2. La divergenza si è manifestata sopratutto nell'applicazione dell'articolo 1229 (fr. 1151) del Codice civile; se cioè in materia di delitti e quasi delitti il risarcimento debba estendersi soltanto a ciò che sia stato conseguenza immediata e diretta del fatto doloso o colposo, e sul *die a quo* pel decorrimento degli interessi. Ma si è osservato con ragione che nelle convenzioni si distinguono i danni interessi prevedibili e non prevedibili nel momento in cui la convenzione si stipula, e si presume che le parti tacitamente convengano che i danni interessi non debbano oltrepassare quelli previsti; questa distinzione non ha senso nel campo extracontrattuale, dove l'autore del danno deve risarcirlo per intiero, senza distinzione sul grado della colpa e sulla buona fede dell'agente (1).

Il danno debb'essere risarcito per intiero anche se conseguenza indiretta del fatto doloso o colposo (2). « Nel contratto, la previsione della mancanza al suo adempimento sta fra le contingenze alle quali le parti possono pensare, e non è perciò presumibile che tale previsione del diritto al compenso del creditore, dell'obbligo di prestarlo nel debitore, pel non adempimento del contratto, sia pure per causa di dolo, si potesse fuori di un patto espresso spingere oltre a ciò che ne è la conseguenza immediata e diretta. Ma nel danno nascente da delitto o da quasi delitto, sulle cui previsioni non può prendersi a regola la volontà delle parti, il criterio per valutarne gli effetti debb'essere ben diverso. E a

---

(1) LAURENT, XX, n. 523; SOURDAT, n. 459; CHIRONI, *Colpa extr.*, n. 406. GIORGI propende per l'applicabilità dell'art. 1229 ai danni *ex maleficio*, e per la inapplicabilità dell'art. 1228 (op. cit., V, n. 235). Ma egli confonde l'apprezzamento che è incensurabile, col criterio di apprezzare. Afferma che dottrina e giurisprudenza dicono che la liquidazione dei danni « è materia affidata intieramente al prudente arbitrio del giudice, *arbitratu boni viri*, le cui sentenze non possono mai in questo tema andar soggette a censura di Cassazione ». Alla quale opinione non possiamo affatto aderire.

(2) Cass. Torino, 7 luglio 1882 (*F. It.*, 1882, 1, 862); 29 gennaio 1889 (*Ibid.*, 1889, 1, 311); Milano, 20 febbr. 1895 (*Ibid.*, 1895, 1, 521); Roma, 1° giugno 1896 (*T. Rom.*, 1896, 449); Cass. Napoli, 3 sett. 1896 (*Giur. It.*, 1897, 24).

Digitized by Google

ciò provvede l'articolo 1151, che non distinguendo danno da danno, sia diretto, sia indiretto, tutti li comprende e abbraccia nel generale disposto che chi per sua colpa lo ha cagionato è tenuto al risarcimento » (1).

E poichè il danno dev'essere risarcito per intiero, l'autore del medesimo non può allegare i pagamenti fatti al danneggiato dalle Compagnie assicuratrici; l'obbligo del risarcimento sussiste sempre e per la totalità del danno (2).

3. Per le medesime ragioni non è applicabile l'articolo 1231 (fr. 1153) in materia di delitti e quasi delitti. La messa in mora, così Laurent, ha per obbietto di constatare l'esistenza del danno risultante dall'inesecuzione dell'obbligazione; ma è inutile trattandosi di fatti dannosi, supponendo che sia possibile, perchè spesso il danno è cagionato senza che la parte lesa possa mettere in mora l'autore del fatto; e se fosse anche possibile, non è necessario che una persona venisse costituita in mora per impedirle di nuocere; si è sempre in mora quando trattasi di non dover commettere un danno, ha detto assai bene la Cassazione (3).

Le espressioni dell'articolo 1153 (it. 1231), osserva anche il Sourdat (4), dimostrano non essere applicabile il principio a tutte le obbligazioni di fare o di non fare, sia che derivino da contratto, da quasi contratto, da delitto o quasi delitto. La necessità di risarcire il danno, in questi casi, si può ritenere come la conseguenza di un'obbligazione anteriore di non fare o di fare, anzichè come quella di pagare una certa somma.

4. La patria giurisprudenza è stata divergente riguardo al *dies a quo* pel decorrimento degli interessi. Or si è giudicato nel senso che debbano decorrere dal giorno in cui abbia

(1) Cass. Torino, 7 luglio 1882, sopra cit. Come esempio di danno indiretto potrebbe ritenersi quello che a causa di un furto venne sofferto da un impiegato dell'azienda dalla quale fu licenziato. La Cassazione torinese ritenne responsabile di tal danno il ladro. Decis. 7 aprile 1884 (*Riv. Pen.*, XX, 69).

(2) Laurent, XX, n. 537; Giorgi, V, n. 162.

(3) Op. cit., XX, n. 523. Conf. Demolombe, XV, n. 685.

(4) Op. cit., n. 459.

Digitized by Google

avuto luogo il delitto o il quasi delitto (1), ed or che debbano decorrere dal giorno della domanda giudiziale, in omaggio alla massima *in liquidandis non fit mora* (2).

5. Non mancano decisioni che abbiano ritenuto decorrere gl'interessi dal dì della liquidazione fatta nella sentenza civile o penale (3). Altre ammisero che il giudice possa stabilire il decorrimento degl'interessi da qualunque giorno gli piaccia, avendo i detti interessi carattere compensativo (4) e quindi potere il magistrato limitare le esagerazioni delle domande (5), tanto più quando il giudizio di liquidazione fosse stato protratto per le esagerate pretese del danneggiato (6). E si è giunti fin anco ad ammettere che il giudice possa respingere la domanda di interessi (7).

---

(1) Bologna, 17 dicembre 1878; Venezia, 3 febbr. 1888; Cass. Torino, 18 marzo 1897 (*F. It.*, 1897, 1, 700); Milano, 6 dic. 1899 (*Mon. Trib.*, 1901, 90); Cass. Firenze, 16 nov. 1899 (*F. It.*, 1900, 1, 311); Cass. Torino, 5 dic. 1899 (*F. It.*, 1900, 1, 164); Cass. Palermo, 30 dic. 1899 (*F. Sic.*, 1900, 81); Catania, 21 dic. 1900 (*Legge*, 1901, 1, 481); Cass. Torino, 20 dic. 1900 (*F. It.*, 1901, 1, 171); 22 dic. 1900 (*La Giur.*, 1901, 117); Cass. Torino, 8 luglio 1902 (*Ibid.*, 1902, 1280); Cass. Roma, 16 aprile 1903 (*F. It.*, 1903, 1, 788); Cass. Firenze, 5 marzo 1904 (*Giur. It.*, 1904, 712); Firenze, 12 luglio 1904 (*Ann.*, 1904, 212); Cass. Palermo, 13 maggio 1905 (*F. Sic.*, 1905, 382).

(2) Bologna, 7 aprile 1882 (*Riv. Bol.*, 1882, 109); Cass. Torino, 31 dic. 1889; Cass, Palermo, 31 dic. 1890 (*F. It.*, 1891, 1, 695), e 23 giugno 1891; Genova, 28 aprile 1893 (*F. It.*, 1893, 1, 632); Milano, 21 luglio 1897 (*Mon. Trib.*, 1897, 906); 20 luglio 1897 (*Ibid.*, 1897, 789); Cass. Palermo, 22 luglio 1897 (*F. Sic.*, 1897, 567); 25 nov. 1897 (*Ibid.*, 1898, 12); Cass. Napoli, 18 genn. 1900 (*Giur. It.*, 1900, 522); Cass. Roma, 23 maggio 1899 (*T. Rom.*, 1900, 55); Palermo, 3 apr. 1903 (*F. Sic.*, 1903, 150); Cass. Palermo, 26 luglio 1904 (*Ibid.*, 1904, 488); Cassaz. Napoli, 27 giugno 1905 (*Dir. e Giur.*, XXI, 261).

(3) Cass. Napoli, 18 aprile 1882 (*F. It.*, 1882, 1, 589); Messina, 7 sett. 1893 (*Rif. Giur.*, 1894, 21); Milano, 28 aprile 1897 (*Mon. Mil.*, 1897, 548); Palermo, 15 genn. 1894; Cass. Palermo, 7 giugno 1894; Cass. Napoli, 2 settembre 1899 (*F. Nap.*, 1899, 399); Cagliari, 7 luglio 1904 (*Riv. Un.*, 1904, 393).

(4) Giorgi, V, n. 233.

(5) Trani, 26 giugno 1894 (*Riv. Trani*, 1894, 241); Cass. Torino, 6 febbraio 1899 (*Filang.*, 1899, 371); Venezia, 16 febbraio 1899 (*Dir. e Giur.*, XV, 210); Cass. Firenze, 31 luglio 1902 (*Ann.*, 1902, 564).

(6) Cass. Torino, 6 dic. 1901 (*La Giur.*, 1902, 133).

(7) Genova, 13 marzo 1900 (*Legge*, 1900, 2, 121).

Digitized by Google

6. E noi respingiamo tutte queste opinioni che rappresentano deviamento dal principio al quale, come abbiamo veduto, ha fatto omaggio la dottrina. Erroneo è applicare al risarcimento per delitto o quasi delitto una disposizione di legge scritta per regolare il risarcimento in materia contrattuale. Ed è non solo una teoria erronea, ma ingiusta, irragionevole, perchè dal giorno in cui il fatto dannoso sia stato commesso, la mora a risarcirlo è *in re ipsa*, la liquidazione altro non facendo che determinare l'ammontare dell'indennizzo; e tale determinazione deve necessariamente retroagire al giorno in cui il danno siasi verificato (1). Non degna di discussione è poi l'opinione che lascia in arbitrio del giudice lo stabilire da qual giorno debbano gl'interessi decorrere. Abbiano pure gli interessi carattere compensativo; ma che importa? Nessuna legge, nessun principio attribuisce al giudice una fecoltà così lesiva dei diritti del danneggiato. Nessuno scrittore ha sostenuto mai simile paradosso, il quale raggiunge l'incredibile, ritenendo che possa il giudice fin anco negare gli interessi!

7. Affinchè possa venire esercitata l'azione di risarcimento occorre che il danno siasi verificato ovvero sia certo che si verificherà, come nel caso in cui per la morte o inabilità al lavoro del danneggiato la famiglia verrà certamente privata dell'opera del suo capo (2); il che esclude che possa essere fatta dall'autorità giudiziaria dichiaratoria di responsabilità eventuale. Tuttavia la patria giurisprudenza offre esempi in contrario e che non possiamo non ricordare. Consentita ipoteca sopra due fondi, il notaro trascura di farla iscrivere, e, quando ci pensa, non arriva a trovarne che uno solo libero. È stata dichiarata la responsabilità eventuale del notaro (3). Una persona lamentasi che un'ipoteca sia

(1) Chironi, *Colpa extr.*. n. 420. In questo senso il Cod. civ. germanico (§ 849). Nei fatti delittuosi il debitore è sempre in mora, malgrado il ritardo del curatore a farne eseguire la valutazione. Roma, 26 luglio 1894 (*T. Rom.*, 1895, 129).

(2) Giorgi, V, n. 160.

(3) Torino, 10 maggio 1904 (*La Giur.*, 1904, 1035). A dir vero, in simili casi non si tratta di colpa aquiliana, perchè il notaro doveva agire per mandato delle parti.

Digitized by Google

stata illegalmente iscritta sui proprii beni e quindi gli abbia impedito di venderli o di ipotecarli ad altri; fu pronunziata dichiaratoria di responsabilità salvo la liquidazione (1).

Noi riteniamo assolutamente erronee siffatte decisioni. La dottrina è ad esse contraria addirittura. Il danno può essere futuro, scrive Laurent, purchè il pregiudizio sia attuale, come avviene nell'incapacità derivante da lesioni personali; nel quale caso può ottenersi la condanna al risarcimento. Ma se il danno sia incerto, eventuale, esiste soltanto il pericolo, non il fatto dannoso (2). Il danno debb'essere certo ed attuale, insegna Sourdat; il legame deve essere intimo tra queste due condizioni e quindi il pregiudizio deve essere inevitabile, necessario, apprezzabile, quantunque l'ultima conseguenza dell'atto dannoso non si fosse ancora manifestata completamente. Ed il giudice commetterebbe un flagrante eccesso di potere attribuendo danni interessi per un pregiudizio soltanto probabile o possibile e quindi eventuale e futuro nel vero senso della parola (3).

8. Il giudice deve apprezzare il danno esistente senza che possa pregiudicare l'azione di risarcimento pel danno che il fatto medesimo possa continuare a produrre quandochessia. Il danno può continuare ad aggravarsi; osterebbe alla nuova domanda il giudicato? Certamente, se l'effetto continuativo o l'aggravarsi del danno fosse stato previsto dai primi giudici e se il risarcimento fosse stato riconosciuto in base a tali previsioni. Ma se ciò non abbia avuto luogo, se la sentenza siasi limitata al danno fino allora verificatosi, non si può opporre il giudicato. Laurent (4) ricorda una decisione della Corte di Aix (2 aprile 1870) molto a proposito. Ad un tale che aveva perduto un occhio a causa di ferita per imprudenza era stata liquidata una pensione

(1) Cass. Torino, 27 luglio 1904 (*La Giur.*, 1904, 1333). Questa stessa Corte con decis. 7 marzo 1904 (*Giur.*, 1904, 885) ritenne che i danni debbono essere certi e positivi, non ipotetici e futuri.

(2) Op. cit., XX, n. 526. V. le decis. ivi cit.

(3) Op. cit., n. 462.

(4) Op. cit., XX, n. 527.

Digitized by Google

di fr. 300; poscia, sempre a causa della detta ferita, perdette l'altr'occhio. La pensione fu elevata a lire 500 e fu esclusa l'eccezione della cosa giudicata, perchè il primo giudice non aveva potuto condannare ad un risarcimento per un danno eventuale, incerto. Sourdat (1) reca l'esempio in cui per effetto di lavori eseguiti in un canale, siasi impedito lo scolo delle acque e danneggiato un fondo. Condannato l'autore del fatto al risarcimento per la perdita dei frutti e pel depreziamento della proprietà, ciò non impedisce che gli ulteriori danni prodotti dallo stesso fatto debbano essere risarciti. Ma trattasi sempre di danni verificatisi e non eventuali.

E se le parti abbiano transatto, s'intende sempre di aver transatto sul danno che esisteva nel momento in cui stipulavasi la transazione. Così, transigendo sul risarcimento dovuto a causa del pregiudizio risentito da una ferita, non può opporsi la transazione se, morendo poscia il ferito, nuovo risarcimento venga a domandarsi. La Corte di Parigi (11 agosto 1868) ritenne l'errore nella transazione; ma si è osservato non essere ciò esatto, perchè l'errore implica che le parti avessero ignorato ciò che avrebbero potuto conoscere, mentre esse non potevano prevedere che da una lieve ferita fosse derivata la morte del danneggiato (2).

9. Adunque risarcibile è ogni danno che sia conseguenza *immediata* o *mediata* del fatto illecito, preveduto o non preveduto (3), ed è erroneo il ritenere che debb'essere conseguenza immediata e diretta del fatto illecito, com'è stato talvolta giudicato (4). Dopo quanto abbiamo detto è agevole di comprenderlo. Il dannggiato per delitto o quasi delitto debb'essere risarcito del *lucrum cessans* e del *damnum emergens;* trattandosi di lesioni personali, il danno materiale si concreta nei lucri che al dannegiato vengono meno dal-

(1) Op. cit., n. 463.

(2) Laurent, XX, n. 527.

(3) Palermo, 15 genn. 1894 (*F. Sic.*, 1894, 44).

(4) Cass. Roma, 18 giugno 1879 (*Ann.*, 1879, 169); Cass. Firenze, 17 genn. 1884 (*Giur. It.*, 1884, 142); Genova, 18 sett. 1884 (*Eco Gen.*, 1884, 230); Napoli, 12 maggio 1890 (*Gazz. Proc.*, 1890, 534).

Digitized by Google

l'impedimento all'esercizio della professione, della propria arte o del proprio mestiere, tenuto conto della età, della professione, arte o del mestiere, e del debilitamento delle forze fisiche od intellettuali dell'offeso (1). Il quale impedimento può avere carattere permanente ovvero temporaneo. Nel primo caso la valutazione si estende al danno futuro e la valutazione deve comprenderlo nella sua totalità, dal giorno in cui abbia cominciato a verificarsi sino a quel limite della vita umana che con criterio di probabilità potrà essere determinato.

10. Il danno materiale non può mai essere liquidato *arbitratu boni viri,* come talvolta è stato giudicato (2). Il detto criterio è stato con ragione applicato alla valutazione del danno morale; ma è assolutamente erroneo in tema di danno materiale. Colui che domanda per questo titolo il risarcimento deve giustificare il *lucrum cessans* ed il *damnum emergens;* il che esclude la valutazione *arbitratu boni viri* (3). E giudicando altrimenti, non si potrebbe sfuggire alla censura in Cassazione.

11. Ma si potrà tener conto della condizione economica dell'offensore e dell'offeso?

L'affermativa è stata ritenuta da qualche giudicato (4), ma non si giustifica nè di fronte al testo della legge, nè di fronte ai principii. Di conseguenza, stabilita una rendita annua a titolo di risarcimento, non può aumentare, nè diminuire per la mutata condizione delle parti (5).

12. Il danno debb'essere risarcito per intiero. Trattandosi dell'uccisione di una persona deve tenersi conto nella relativa valutazione della probabilità di guadagno dell'ucciso, tenuto conto della probabilità della vita (6). Ma dovrassi

(1) Giorgi, V. n. 242.
(2) Trani, 25 aprile 1883 (*Riv. Trani,* 1883, 802).
(3) Trani, 25 maggio 1896 (*Riv. Trani,* 1896, 595).
(4) Bologna, 23 genn. 1884 (*Riv. Bol.,* 1884, 20).
(5) Chironi, op. cit., n. 434.
(6) Cass. Firenze, 31 luglio 1902 (*Ann.,* 1902, 564). In ordine alla valutazione del danno nella liquidazione, la giurisprudenza offre taluni

Digitized by Google

tener conto delle probabilità di aumento di patrimonio e quindi del danno subìto dall'erede legittimo per non aver potuto tale aumento aver luogo?

Ha risposto affermativamente la Corte di appello di Firenze (1); ma non possiamo approvare questa opinione per diverse ragioni. L'aumento di patrimonio è un'incognita; nessuno può affermare in maniera assoluta se l'aumento si sarebbe verificato ed in che misura; mancherebbe ogni elemento per la valutazione. Eppoi, non solo si offenderebbe il principio dell'attualità del danno, ma si favorirebbe la cupidigia dell'erede, il quale in fin del conto *certat de lucro captando.* Nè può tenersi in conto l'argomento della Corte predetta, desunto dalla possibilità che l'erede, essendo il fratello dell'ucciso, poteva quandochessia aver bisogno degli alimenti, i quali, per la uccisione del fratello, non potrebbero essere più forniti. Di questa remota possibilità non si può tener conto nella valutazione del danno, perchè con tale sistema si perverrebbe a conseguenze, per quanto esagerate, altrettanto ingiuste.

Lo stesso non potrebbe dirsi, per es., se l'ucciso avesse sovvenzionato il fratello, se soleva provvedere ai bisogni di quest'ultimo e della sua famiglia (2). Son dei casi di ripercussione di danno. Così, il cognato dell'ucciso restando obbligato agli alimenti verso il suocero, ha diritto a risarcimento contro l'uccisore (3).

---

criterii dei quali non puossi non tener conto. Esempi: Determinando la cifra complessiva del guadagno che l'ucciso poteva destinare ai congiunti, ripartendola in proporzione degli aiuti che ordinariamente soleva dare ai medesimi, la cifra da ripartirsi può farsi corrispondere alla somma che una buona società d'assicurazione richiede per formare un reddito vitalizio eguale al guadagno annuo di detta persona, depurato dalla spesa che questa soleva sostenere per sè medesima. Milano, 18 maggio 1903 (*Mon. Mil.*, 1903, 651). — In caso di morte, tener presente il guadagno giornaliero che la persona percepiva, messo in relazione alla sua condizione sociale, alla sua età e ai vantaggi che poteva procurare alla propria famiglia. Casale, 23 marzo 1904 (*Mon. Mil.*, 1904, 454).

(1) Decis. 9 luglio 1901 (*Ann.*, 1901, 188).

(2) Torino, 2 sett. 1889 (*La Giur.*, 1889, 782).

(3) Cass. Torino, 30 aprile 1883 (*Legge*, 1883, 2, 406.

Digitized by Google

13. Però, mentre da talune decisioni si riconosce il principio che il danno debb'essere risarcito per intero, senza badare alla condizione economica delle parti, si afferma che bisogna tener conto del grado di responsabilità e della gravità dell'offesa e della colpa (1). Questo principio può accogliersi in materia di danno morale, non già di danno materiale, cagionato da delitto o quasi delitto, per cui il danno debb'essere risarcito quand'anche prodotto da colpa lievissima. Ferrini osserva con ragione che solo attribuendo al risarcimento il carattere di pena, come fa il Laurent, si possa arrivare alla conseguenza di tener conto della entità della colpa (2). Onde è stato bene giudicato che le scusanti e le attenuanti concesse nel giudizio penale nessuna influeuza possono avere sulla responsabilità civile (3); non così la provocazione (4), la quale può dar luogo a compensazione di colpa.

14. Nella liquidazione del danno non si può tener conto del valore di affezione delle cose, non potendosi trarre argomento dal risarcimento del danno morale. Chironi (5) non accetta l'opinione del Giorgi (6), di lasciare cioè la valutazione, nel detto caso, all'apprezzamento del giudice; ed ha ragione, perchè il così detto valore di affezione non può far parte del patrimonio,

La legge non indica alcun criterio per determinare il valore della cosa rispetto al tempo, come facevano le leggi romane per determinare il maggior valore (7); laonde bisogna

---

(1) Cass. Torino, 21 novembre 1883 (*G. P. Tor.*, 1883, 529); Venezia, 26 aprile 1894 (*T. Ven.*, 1894, 310).

(2) *Del. e quasi del.*, n. 132.

(3) Catania, 17 sett. 1889 (*F. Cat.*. 1889, 198).

(4) Casale, 31 marzo 1889 (*G. Cas.*. 1889, 227).

(5) *Colpa extr.*, n. 418.

(6) Op. cit., V, n. 240. Questo scrittore reputa che si debba ammettere il prezzo di affezione delle cose, dovendosi equiparare il risarcimento del danno materiale a quello del danno morale, il che non può affatto ammettersi. Egli riconosce però essere l'opinione contraria predominante.

(7) V. i diversi criterii contenuti in Dig., 9, 2.

Digitized by Google

tener conto del valore che la causa aveva nel luogo e nel tempo in cui siasi verificata l'ingiuria (1).

15. La riparazione del danno può aver luogo ordinandosi dal giudice che la cosa venga restaurata, come nella ipotesi di guasto, salvo, nel caso d'inadempimento, la facoltà al danneggiato di riparare la cosa a spese del danneggiante (2). Però, nulla vieta che il giudice possa condannare all'*id quod interest* se la cosa sia talmente deteriorata da non poter giovare all'uso al quale era destinata; ed essendo lieve il deterioramento, potrà alla condanna di restituzione della cosa aggiungere condanna al pagamento del minor valore e delle riparazioni (3).

16. Perchè abbia luogo l'indennizzo, il giudice può determinare una somma capitale o una rendita (4). Se il danno sia certo e fisso nella continuità sua, osserva il Chironi (5), non sarebbe da stabilirsi una rendita, ma un capitale, il quale rappresenta in tal caso la diminuzione patrimoniale sofferta; se certo ma temporaneo, ovvero sarebbesi a dubitare della continuità permanente, sarebbe miglior partito quello della rendita. E poichè il dànno può cessare o essere attenuato in un dato tempo, così l'indennizzo può cessare o essere ridotto. Tale sarebbe l'ipotesi in cui il tribunale avesse stabilita una rendita in favore della vedova dell'ucciso, da essere conseguita sino a che essa non fosse passata a seconde nozze (6). L'assegno di una rendita vitalizia condizionata, ben osserva il Chironi (7), non vieterebbe che allorquando la gravità del danno diminuisca o scom-

---

(1) Chironi, *Colpa extr.*, n. 419. V. taluni criterii pratici suggeriti dallo stesso autore e che possono essere accolti senza discussione.

(2) Demolombe, VIII, n. 690; Aubry e Rau, loc. cit.; Larombière, art. 1383, n. 27; Chironi, op. cit., n. 432.

(3) Chironi, loc. cit.

(4) Sourdat, n. 132 *bis;* Larombière, art. 1382 e 1383, n. 27; Baudry-Lacantinerie e Barde, III, n. 2877.

(5) *Colpa extr.*. n. 432.

(6) Sourdat, loc. cit., e Digione, 23 nov. 1866, ivi cit.

(7) Op cit. n. 432 *bis*.

Digitized by Google

paia, il giudice possa ritornare sulla sua decisione e togliere o diminuire l'obbligazione, e diminuendola dichiarare pure temporaneamente se certa sia la possibilità dell'intera cessazione del pregiudizio; come pure l'essersi ordinato il pagamento di una rendita temporanea non impedisce che l'aggravarsi della conseguenza dannosa o la perduta speranza di eliminazione della causa del danno valgano ad aumentare la somma fissata ed a dichiarare vitalizia la rendita. In ogni caso il giudice, osserva lo stesso scrittore, pur essendo libero nel determinare l'entità ed il carattere della rendita, deve con la maggior cura avvisare e provvedere che i rispettivi diritti delle parti non abbiano lesione, specialmente se la rendita assegnata sia temporanea.

17. Chironi ammette la possibilità giuridica di una liquidazione covenzionale anteriore al fatto illecito, e si occupa dei requisiti per la validità della medesima e delle clausole che possa contenere. E respinge l'opinione secondo la quale sarebbe inconcepibile una liquidazione anteriore in materia di colpa aquiliana (1), ritenendo che non solo è concepibile, è legittima, ma che dia luogo a quistioni di grave interesse, specialmente nell'applicare la teoria all'assicurazione fatta dal padrone a beneficio degli operai per gl'infortuni del lavoro (2). « Nulla impedisce che nel pericolo di danno in conseguenza di un atto che da alcuno sia compiuto, chi ne è minacciato regoli in anticipazione la quistione dell'indennità. La legge stessa ne dà l'esempio, dove regolando la materia del danno temuto, dà a chi ha ragionevole motivo il potere di cautelarsene, chiedendo al giudice o provveda per ovviare il pericolo, o pur sia prestata cauzione per ogni danno possibile. Qui non si ha, è vero, una liquidazione, nel senso proprio, anteriore al danno avvenuto; ma se astraendo dall'intervento dell'autorità giudiziaria, le parti si volessero intendere e stabilire fin da principio l'indennità pel caso di avveramento del danno ch'era solo

(1) Giorgi, V, n. 232.
(2) *Colpa extr.*, n. 436.

Digitized by Google

temuto, si è giusto nell'ipotesi di liquidazione fatta anteriormente al pregiudizio che s'ebbe in considerazione » (1).

È agevole però rispondere che altro sia il prestar cauzione per un danno possibile, altro liquidare l'indennità prima che il danno avvenga. Sono due cose ben diverse che non bisogna confondere, e nessun argomento può trarsi dall'articolo 699 del Codice civile in favore della liquidazione preventiva (2).

18. Ma la predetta liquidazione non sarebbe illecita per l'obbietto stesso della convenzione? L'illustre scrittore distingue il fatto riguardante la liquidazione del danno da quello dell'immunità per ingiuria extracontrattuale: se il secondo è contrario alla legge per motivi d'ordine pubblico, non così il primo il quale « regola le conseguenze economiche della colpa quando s'avveri o cagioni quel danno cui si riferisce il convenuto risarcimento » (3). Dunque avremo un contratto che regolerebbe le conseguenze della colpa nell'ipotesi di quasi delitto. In altri termini, Tizio conviene con Sempronio che nel caso in cui gli recherà danno per colpa, il prezzo del risarcimento resterà transatto in una determinata somma.

Si rimane sorpresi nel leggere che tale convenzione nulla contenga di contrario alla morale ed all'ordine pubblico (4). Sol perchè si attribuisce al giudice l'indagare se la somma stabilita rappresenti una irrisione e nasconda un fatto d'immunità, si ritiene valida una convenzione colla quale si autorizzerebbe la consumazione del fatto illecito, colposo o doloso, mercè un indennizzo anticipatamente stabilito. E si dice ancora che « lasciando al giudice la cura

(1) Loc. cit.

(2) Anche Ferrini ammette la possibilità giuridica di una liquidazione anteriore al danno, purchè non si tratti di dolo. Essendo simili convenzioni, egli dice, frequentissime in vista della futura colpa contrattuale, non si comprende perchè non possano aver luogo nel campo della colpa extracontrattuale (Monogr. cit., n. 133). Ma è agevole persuadersi quanto poco valore abbia l'argomento.

(3) Loc. cit.

(4) Chironi, op. cit., n. 441.

Digitized by Google

di vedere se il fatto ecceda dal limite avvertito, si dà la maggior cautela per la retta osservanza della legge » (1).

Non discuteremmo ancor oltre se l'illustre scrittore, a sostegno della teoria da lui accolta, non traesse argomento dalla legge sugl'infortunii del lavoro. La legge obbliga l'imprenditore di assicurare gli operai contro gl'infortunii dei quali possono essere vittime; il premio rappresenta una liquidazione anticipata del danno contro l'imprenditore? Ma nulla di tutto questo. Il danno potrà essere, come nel maggior numero dei casi suol essere, conseguenza dell'imperizia o della colpa degli operai medesimi; può essere la conseguenza di casi fortuiti, ed in talune circostanze anche della colpa dell'imprenditore. Ma il concetto della legge non è stato quello d'obbligare ad una convenzione di strasatto anticipato pel danno *injuria datum*. E ciò è tanto vero che lo stesso Chironi approva quella giurisprudenza la quale non permette che s'istituiscano contemporaneamente l'azione contro l'assicuratore e quella contro il padrone, riservando sempre all'operaio di esigere dal padrone il dippiù, dimostrando il delitto o il quasi delitto del padrone medesimo (2). Dunque nessun argomento può desumersi dalla legge predetta; anzi, interpretata nel suo vero senso, non porge che argomento contrario.

19. L'indagine sull'esistenza e la misura del danno si risolve in apprezzamento di fatto; non così quella riguardante gli elementi giuridici necessarii a costituire l'ingiuria (3).

20. La liquidazione del danno derivante da delitto civile o da quasi delitto può essere fatta, anzi suole esser fatta dall'autorità istessa che è chiamata a pronunziare sull'azione di risarcimento; ma la liquidazione può essere rimandata in separata sede dalla sentenza che pronunzia la condanna generica al risarcimento del danno. In questo ultimo caso, la liquidazione dà occasione ad un novello giudizio, che si

(1) Loc. cit.
(2) Op. cit., n. 444.
(3) Chironi, *Colpa extr.*, n. 431.

Digitized by Google

deve svolgere secondo le regole di competenza stabilite dal Codice di procedura civile (1). E nel detto giudizio di liquidazione debbono essere convenuti tutti i legittimi contraddittori; quindi tutti coloro che come eredi e successori abbiano diritto al risarcimento (2). Si osserveranno le regole stabilite dalla legge sulla capacità giudiziale; ed in quanto alla donna maritata, non sarà necessario l'intervento del marito, trattandosi di responsabilità per delitti o quasi delitti (3).

CAPITOLO V.

DEL DANNO MORALE.

1. Il danno morale contemplato dagli scrittori francesi sulle orme del Rauter.
2. Sviluppo che alla teoria del danno morale fu dato da Melchiorre Gioja.
3. Sviluppo dato alla predetta teoria dagli scrittori francesi estendendo il risarcimento al danno sofferto pei patemi d'animo.
4. Scrittori patrii che accettano il principio del risarcimento pel danno morale. Critica della teoria contraria sostenuta dal Gabba.
5. Continua.
6. Continua.
7. Continua.
8. Continua. Inesattezze del Chironi e del Minozzi.
9. Si risponde a talune obbiezioni desunte dall'impossibilità di determinare l'equivalenza tra il danno ed il risarcimento.
10. Continua.
11. Continua.
12. Continua.
13. Continua.
14. Continua.

---

(1) Cass. Torino, 12 agosto 1885 (*Giur. It.*, 1886, 39); Roma, 15 dic. 1885 (*T. Rom.*, 1885, 613); Trani, 29 ottobre 1897 (*Riv. Trani*, 1898, 54); Catania, 7 febbr. 1898 (*F. Cat.*, 1898, 50). *Contra:* Milano, 6 luglio 1897 (*Mon. Trib.*, 1898, 337).

(2) Aquila, 8 nov. 1887 (*F. Abruzz.*, 1888, 19).

(3) Palermo, 2 dic. 1904 (*F. Sic.*, 1905, 100).

Digitized by Google

15. *La patria giurisprudenza ha ammesso il risarcimento del danno morale nella maniera più estesa.*
16. *Quando il danno morale si ripercuote sopra persone della famiglia. Principio ammesso dalle leggi romane.*
17. *Continua. Applicazione che ne hanno fatto la dottrina e la giurisprudenza.*
18. *Continua.*
19. *Non si può ricorrere per analogia alle disposizioni che regolano il diritto alimentare.*
20. *Si può ricorrere a quanto dispone l'articolo 400 del Codice penale?*
21. *Casi diversi in cui è stato dalla giurisprudenza ammesso il risarcimento del danno morale.*
22. *La donna sedotta con promessa di matrimonio ha diritto a risarcimento contro il seduttore? Dottrina e giurisprudenza in Francia ed in Italia nel senso affermativo.*
23. *Decisione della suprema Corte siciliana che nega l'azione.*
24. *Entro quali limiti di ragione dev'essere riconosciuta l'azione sopra menzionata.*
25. *Continua. Critica fatta agli argomenti del Bertauld e ripetuti dal Gabba contro l'ammessibilità della detta azione.*
26. *È negata quando la relazione tra l'uomo e la donna abbia avuto carattere adulterino.*
27. Quid *se il matrimonio non possa aver luogo per causa non imputabile al seduttore?*
28. *Continua.*
29. *Continua.*
30. *Il seduttore può essere scusato da ragioni a lui personali?*
31. Quid *se dopo celebrato il matrimonio religioso si neghi di celebrare quello civile?*
32. *Ipotesi di ratto violento.*
33. *Ipotesi in cui il matrimonio sia stato annullato per violenza di consenso; può l'altro coniuge reclamare il risarcimento per danno morale?*
34. *Continua.*
35. Quid *se il matrimonio venga risoluto a causa d'impotenza del coniuge?*
36. *L'occultamento di gravidanza, che è motivo di separazione personale può, dar luogo a risarcimento di danno morale verso il marito?*
37. *Può ammettersi un danno morale che tragga origine da colpa contrattuale?*
38. *Continua.*
39. *Continua.*
40. *L'impugnazione per simulazione o frode può dar luogo a risarcimento di danno morale nel caso l'impugnazione venga respinta.*
41. *Il danno morale può essere prodotto anche da colpa aquiliana.*
42. *Può essere risentito dalle persone giuridiche?*
43. *L'azione di risarcimento per danno morale non è trasmessibile agli eredi dell'offeso.*

Digitized by Google

44. Non può essere esercitata dai creditori dell'offeso.
45. Può sperimentarsi contro gli eredi dell'offensore.
46. La valutazione del danno va fatta arbitratu boni viri.
47. Non occorre prova specifica del danno morale.
48. Criteri seguìti dalla giurisprudenza nella determinazione del risarcimento del danno morale.
49. La costituzione di parte civile può aver luogo pel solo risarcimento del danno morale; il quale risarcimento può essere chiesto anche in sede civile.
50. Il diritto al risarcimento per danno morale può essere ceduto?
51. Indole della disposizione dell'art. 38 del Codice penale.
52. Continua.
53. Continua.
54. Continua.
55. Conseguenze che derivano dal carattere penale della disposizione predetta.
56. Il diritto di proporre querela, nell'ipotesi dell'art. 400 Codice pen., implica anche quello di domandare la riparazione d'ingiuria?
57. L'art. 398 del Cod. pen. esclude l'azione di risarcimento di danno?
58. Continua.

1. Abbiamo altrove fatto notare il significato generico che dai redattori del Codice francese si è inteso attribuire alla parola *danno* usata nell'articolo 1382. Coloro che primi furono a scrivere trattati di diritto civile, dettero del danno la nozione che dallo spirito della legge sorgeva. Gli atti pregiudizievoli ai diritti altrui, scriveva Toullier (1), sono naturalmente divisi in due grandi classi, che li comprendono tutti senza eccezione: *a*) attentati contro la persona o i diritti personali altrui; *b*) attentati contro la proprietà o altri diritti reali. La prima deve comprendere tutti gli attentati contro la sicurezza, la libertà, la reputazione, l'onore delle persone, l'esercizio dei loro diritti personali; la seconda comprende tutti quelli contro la proprietà, i beni, quando vengano devastati o deteriorati. Poscia il concetto del danno morale andò affermandosi. Zachariae considera il danno sotto il punto di vista materiale e morale. « Il danno comprende sempre la perdita o la mancanza di guadagno che il delitto abbia occasionato ad una persona (*damnum emergens et lucrum cessans*. Comprende inoltre, almeno quando trat-

(1) Op. cit., n. 121.

Digitized by Google

tasi di un delitto di diritto criminale, il torto morale che il delitto ha fatto provare alla persona lesa, turbandola sia nella sua sicurezza personale, sia nel godimento del suo patrimonio, ovvero ferendola nelle *sue legittime affezioni*. La riparazione del danno, materiale o morale, cagionato da un delitto, si risolve in una indennità pecuniaria. La determinazione dell'ammontare di questa indennità è, in generale, abbandonata all'arbitrio dei tribunali (1). E cita Rauter (2), come sostenitore della stessa dottrina.

E veramente al Rauter ed al nostro Gioia (3) spetta il merito di avere formulato con precisione la teoria del risarcimento del danno morale. Rauter insegna che in tema di danno civile, questo deve considerarsi *anzitutto* e *principalmente* nell'ingiuria morale che il delitto abbia prodotto sulla persona offesa, sulla *sicurezza e tranquillità della medesima;* indi si considera il danno materiale che consiste nel *lucrum cessans* e nel *damnum emergens*. « Quand'anche non vi fosse alcun danno reale pecuniario; quand'anche l'oggetto della lesione non fosse in commercio, vi sarebbe sempre luogo all'azione civile; l'oggetto sarebbe l'ingiuria morale sofferta, la quale, in odio al delitto, si risolve sempre in danno interesse pecuniario. Sia pure la vittima di un assassinio un vecchio, ammalato e povero, padre di un figliuolo che, povero anch'esso e con parecchi figli, lo alimentano a stento e per cui la morte del vecchio padre sarebbe stato un alleviamento, il risarcimento sarebbe sempre dovuto al figliuolo pel solo torto morale che abbia sofferto nella sua condizione sociale. Del resto anche il torto morale si risolve in danaro, la riparazione in natura non potendo aver luogo che per le cose materiali. Così, ciò che appellasi *riparazione d'onore* non può essere ordinata dal giudice, nemmeno nel caso di delitto di ingiuria, salvo che la legge non lo autorizzi espressamente come nel caso dell'articolo 226 del Codice penale » (4).

---

(1) Op. cit., § 445.
(2) *Corso di legisl. crim.*, II, n. 444.
(3) *Dell'ingiuria, dei danni. del risarcimento.* ecc., parte II, libro II.
(4) Op. cit., n. 133.

Digitized by Google

2. Melchiorre Gioia ha trattato in maniera veramente geniale e con erudizione la teoria del danno morale. Egli esordisce affermando che il rammarico pei mali successi o i beni perduti, il timore dei mali che stanno per succedere o dei beni che si perderanno, sono le sorgenti delle inquietudini dell'animo. Varia l'intensità delle inquietudini ed anche assume diverse tinte, secondo che il bene o il male abbia radice nell'affezione, nell'amor proprio o nell'interesse (1), E fa una diagnosi del dolore morale che può essere sempre consultata con profitto. « Dall'apparenza del più tenue pericolo sino alle più feroci minacce di morte vi è una serie crescente di apprensioni, inquietudini, timori, che oltre di essere dolorosissimi per sè stessi, amareggiano le altre sensazioni » (2). Gli uomini spendono danaro per procacciarsi la quiete dell'animo, come lo spendono per procacciarsi la salute del corpo. Dunque è così rigorosamente richiesta dalla giustizia l'indennizzazione per inquietudine, come lo è per le ferite: proposizione matematicamente certa e giornalmente violata dai tribunali » (3).

Fa impressione che uno scrittore, che non era poi un giurista, si fosse spinto fino ad un punto dove nessun sostenitore del risarcimento del danno morale è oggi arrivato, cioè al risarcimento del danno morale cagionato da un processo civile « in forza del quale parte della sostanza di una famiglia sia vacillante o minacciata di perdita per altrui frode ». Descrive quindi a vivi colori i patemi d'animo di un povero padre di famiglia che trovasi in condizione sì triste, ed al magro compenso che ottiene dalla giustizia quando finalmente viene condannato l'avversario alle spese, cioè a poche lire che appena pagano la carta bollata, la scritturazione, le tasse, ecc. « Ma il valore della quiete, che è smisuratamente maggiore, siccome non si vede e non si tocca in un processo come la carta e la scrittura, perciò non comparve allo spirito dei legislatori, e quindi la di lui perdita non trova soddisfacimento presso i tribunali europei. Quella

(1) Loc. cit., art. 1.
(2) Loc. cit., § 3.
(3) Loc. cit., § 8.

Digitized by Google

quiete che ha un prezzo plateale noto ad ogni sensale di cambio, che si compra giornalmente con le costose transazioni, che si vende da più classi sociali, le quali invece ricevono mercedi, onorari, agio ad un tanto per cento, questa quiete non è riconosciuta per valore al banco della giustizia nel secolo XIX. Ripetiamolo: se vi è stato tolto un cane o un asino, i legislatori dei popoli sedicenti inciviliti vogliono compenso anche a prezzo di affezione; se vi è stata tolta la quiete essi tacciono. Riguardate da questo lato le legislazioni moderne sono più barbare che quelle dei secoli di mezzo. Infatti, allorchè in quei secoli si ricorreva al duello per decidere le cause, l'accusatore e l'accusato deponevano nelle mani del giudice una certa somma per indennizzare il vincitore del pregiudizio che potrebbe essergli nella sua persona e nelle sue armi. Attualmente i legislatori si restringono a far pagare il danno successo nelle *armi* (carta bollata e simili) e dimenticano interamente la *persona*. Ci resta dunque da sciogliere il seguente problema: trovare una somma pecuniaria che, giusta le leggi dell'equità, possa compensare l'inquietudine per temuta perdita di ricchezza materiale in un processo civile » (1). Ed il Gioia si sforza di risolvere il problema facendo uso di quella specie di aritmetica morale che era l'espressione del sistema utilitario e che tanto era piaciuto anche al Bentham, e che è indipendente dal principio con tanto ardimento proclamato dal pensatore italiano.

Con lo stesso sistema cerca di risolvere il problema: « trovare una somma pecuniaria che, giusta le regole della equità, possa compensare le minacce di morte fatte con scritti, azioni o parole » (2); « trovare una somma pecuniaria che, giusta le leggi dell'equità, possa compensare il dolore per insulti gravi » (3); « trovare una somma pecuniaria che, giusta le regole dell'equità, compensi il danno della seduzione » (4); « trovare una somma pecuniaria che, giusta le

(1) Loc. cit., § 8.
(2) Loc. cit., cap. III, § 2.
(3) Loc. cit., cap. II.
(4) Loc. cit., cap. III, § 4.

Digitized by Google

leggi dell'equità, compensi il male dello stupro violento » (1); « trovare una somma pecuniaria che, giusta le regole dell'equità, compensi i danni dell'adulterio » (2); « trovare una somma pecuniaria che, giusta le regole dell'equità, compensi il danno della prigionia » (3). E così il Gioia cerca di contemplare sotto i molteplici aspetti il danno morale.

Qualunque giudizio si voglia portare sul sistema specioso di valutare in danaro, nelle singole ipotesi, il danno morale, deve riconoscersi il merito dello scrittore italiano di aver trattato un argomento di grave importanza in tempi in cui poco o nulla si era sul medesimo discusso nel campo della dottrina, ed in cui la giurisprudenza pareva manifestarsi in senso ostile al risarcimento del danno morale.

3. Dallo Zachariae, come abbiamo veduto, la dottrina del risarcimento del danno morale veniva esposta in maniera abbastanza laconica, ma nel danno morale andavano compresi i patemi d'animo che noi soffriamo appunto quando siamo feriti nelle nostre legittime affezioni. Il risarcimento, diceva l'illustre scrittore, è dovuto anche alle persone che indirettamente soffrono del danno; e quindi il marito, i genitori possono esercitare l'azione personale di danno per le ingiurie fatte alla moglie od ai loro figliuoli; ed il figliuolo il cui padre sia stato vittima di un omicidio, ha diritto ai danni-interessi, benchè per ragione dell'età di quest'ultimo il suo mantenimento fosse, pel figliuolo, un peso dal quale si trovi oramai liberato (4). — Rauter era stato laconico, ma si era espresso nello stesso senso: « In odio al delitto la ingiuria morale si risolve in danni-interessi pecuniari. La vedova, il figlio, la madre, hanno diritto ai danni-interessi per il solo torto che abbiano sofferto nella loro relazione sociale » (5). Ed il principio è poscia accettato da Chauveau

(1) Loc. cit.
(2) Loc. cit., cap. IV, § 3.
(3) Loc. cit., cap. III, § 2.
(4) Loc. cit. Il Gabba (*F. It.*, 1896, 1, 693) attribuisce tale dottrina ad Aubry e Rau, ma costoro in realtà non hanno seguito che la dottrina dello Zachariae. V. nota 7 al § 445.
(5) Op. cit., n. 133.

Digitized by Google

ed Hélie (1), Sourdat (2), Larombière (3), Huc (4), Laurent (5) ed altri scrittori, e da parecchi giudicati.

La difficoltà di non potere il danaro essere prezzo del dolore fu sentita dai predetti scrittori; ma si rispondeva non trattarsi tanto di una riparazione efficace che s'intende dare alla parte lesa, quanto un complemento di soddisfazione che si esige dal colpevole. L'applicazione della pena basta alla vendetta pubblica; ma la persona colpita nelle sue affezioni, nella sua reputazione, ha il diritto di esigere un compenso particolare alle sue sofferenze; è dato in danaro per non poter fare di meglio *(faute de pouvoir faire mieux)* (6).

E Sourdat contempla casi di danni esclusivamente morali, per cui sarebbe stato disumano e indecoroso negare l'azione di risarcimento, quantunque non manchino scrittori che trattando del danno morale tacciano dell'offesa alle legittime affezioni, dei patemi d'animo, ed un esempio ce l'abbiamo in Laurent (7).

4. La teoria del risarcimento del danno morale ha ricevuto presso noi un'applicazione assai più accentuata di altrove, e la giurisprudenza, come vedremo, vi ha fatto omaggio in maniera unanime. Il Giorgi si è spinto sino all'estremo limite, ammettendo il risarcimento per l'offesa alle legittime affezioni e pei patemi d'animo; « la quiete, la bellezza, il credito, l'onore, la libertà..., se non possono pagarsi a suon di moneta, si può trovare un criterio approssimativo di valutazione secondo la stima che gli uomini fanno di certi piaceri o beni morali » (8). Un egregio scrittore, il Minozzi, ha seguito questa dottrina in apposito trattato, degno di encomio (9).

---

(1) Op. cit., I, n. 276.
(2) Op. cit., n. 33.
(3) Op. cit., loc. cit.
(4) *Comm.*, VIII, n. 420.
(5) Op. cit., XX, n. 395 e 525.
(6) SOURDAT, loc. cit.
(7) Op. cit., XX, n. 395.
(8) *Obblig.*, V, n. 161.
(9) *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*. Milano, 1901.

Digitized by Google

Ma il Gabba è sorto a criticare a fondo la teoria del risarcimento del danno morale e l'ha irremissibilmente condannata come una teoria che vuolsi adattare a cose cotanto disparate; il che basterebbe a dubitare della verità della medesima. Frutto di generalizzazioni affrettate e ingiustificate, assurda nelle sue conseguenze, poggerebbe sul falso, quale è il concetto di danno giuridico-morale. Si sarebbe formata per virtù di equivoci, primo dei quali la comune appellazione di danno applicato tanto alle offese morali quanto alle patrimoniali, per virtù di malintesi, primo dei quali il considerare riparazione la pena pecuniaria di talune offese morali; per virtù di confusione di idee, massima delle quali quella dei danni morali, producenti indiretto danno pecuniario, coi danni morali in genere e finalmente per non avere la massima parte dei sostenitori suoi dominato col loro pensiero tutto il campo delle applicazioni pratiche sue, per avere essi generalizzato erronei apprezzamenti di casi speciali sparsi qua e là nei libri e nelle collezioni giurisprudenziali, lasciandosi imporre specialmente da molti nomi autorevoli di giureconsulti « nessuno dei quali ha neppure tentato finora di studiare l'arduo tema profondamente e in tutta la sua ampiezza » (1).

Ma prima di occuparci degli argomenti addotti contro la teoria del danno morale, dobbiamo respingere talune accuse del Gabba contro i sostenitori della medesima perchè infondate. Come mai uno scrittore *può dominare col suo pensiero tutto il campo delle applicazioni pratiche?* Il campo di tali applicazioni è quello della giurisprudenza; e, come vedremo, gli annali di quella patria dimostrano come la teoria sia stata applicata ai molteplici casi particolari. La scienza non fa che porre i principii; e quello del risarcimento del danno morale è di tal natura che i sostenitori del medesimo hanno dominato col loro pensiero tutto il campo delle applicazioni. E da quanto abbiamo esposto il lettore si potrà di leggieri convincere come i sostenitori della teoria del risarcimento del danno morale non siano stati così dappoco da

(1) Monogr. nel *F. It.*, 1896, 1, 705.

Digitized by Google

generalizzare erronei apprezzamenti di casi singoli. È una affermazione che non corrisponde al vero.

L'illustre scrittore mette in derisione una decisione della Corte d'appello di Palermo che ritenne responsabile di danno morale il coniuge adultero verso l'altro coniuge (1). E certo ne aveva ragione, tenuto conto della meschinità delle considerazioni che « la pecunia vale sempre a mitigare quel danno morale, a rinfrancare lo spirito, come il materiale rinfranca gli averi che si sono perduti ». Ma la meschinità delle motivazioni, e diremmo anche la poca serietà di quelle motivazioni, non doveva far dimenticare all'illustre scrittore che il diritto al risarcimento per danno morale, proprio nella ipotesi contemplata dalla decisione predetta, era stato ammesso contro la moglie adultera dagli autori della teorica del Codice penale e dalla Corte di Besançon 10 luglio 1865; che la stessa azione contro il complice era stata ammessa anche dal Dalloz (2), dal Demolombe (3), quantunque contradetta dal Bedel (4) e dal Carnot (5); che la Corte di Besançon l'aveva ammessa contro colui che aveva avuto relazioni illecite con l'altrui moglie, quantunque non condannato per adulterio (6). L'applicazione al caso particolare non poteva quindi essere fatta in maniera più razionale (7); ed a torto il Gabba (8) accusa di indeterminatezza la dottrina francese sul danno morale.

5. Il predetto scrittore muove dal postulato per cui o tutte le specie di danno morale debbano dar luogo a risarcimento o nessuna; e su questo punto non si può disconvenire. E comincia dal danno morale del dolore fisico per arrivare ai patemi d'animo, che sono i meno materiali di

(1) Decis. 16 maggio 1903, est. Di Chiara (*F. It.*, 1903, 1, 944). V. la nota del Gabba alla detta decisione.
(2) Op. cit., v. *Adult.*, n. 125.
(3) Op. cit., VIII, n. 515.
(4) *Tratt. dell'adult.*, p. 106.
(5) *Cod. pen.*, II, 182.
(6) Arr. 14 marzo 1850 (*Pal.*, 50, 2, 543).
(7) V. Sourdat, n. 34 e 34 *bis*.
(8) Monogr. cit. nel *F. It.*, 1896, 1, 693).

Digitized by Google

tutti i danni morali, e la dottrina del loro risarcimento è veramente l'apice della dottrina del risarcimento del danno morale in genere. « Senza quell'apice, la dottrina del risarcimento del danno morale non è completa, è irrazionalmente mutilata; ci vuole quel complemento affinchè essa apparisca o in tutta la sua verità o in tutta la sua fallacia ».

Che cosa deve intendersi per danno morale? L'espressione è impropria, secondo il Gabba. « Che si chiami danno, egli dice, e propriamente danno fisico una lesione corporale, è ammesso e plausibile; che anche danno si chiami la scemata considerazione sociale di una persona o l'offesa pudicizia di un fanciullo o di una fanciulla, o la perduta assistenza dei genitori, è ammesso del pari; ma che si chiami danno una offesa al decoro, alla libertà, od uno dei tanti patemi morali, che sì larga parte hanno nella giurisprudenza odierna del danno morale, non è ammesso, nè è ammessibile ». Ed eccone il motivo: » Dall'idea di danno non è maggiormente separabile, nel comune linguaggio, che in quello giuridico, l'idea di un effetto *penoso durevole*, cioè di una diminuzione *durevole* di benessere, sia morale, sia materiale, durevole effetto, durevole diminuzione, fintantochè risarcita non sia, se risarcire si può. Or le offese al decoro, alla libertà personale, i patemi dell'animo sono fenomeni ed effetti morali passeggieri, mentre sono invece durevoli fenomeni ed effetti morali quegli altri accennati prima. La espressione quindi *danni morali* è male applicata per lo meno nella metà dei casi a cui pure si suole applicare ».

Minozzi vuol confutare l'obbiezione del Gabba ricorrendo alla sua teoria sulla genesi del danno, cioè alla teoria delle sensazioni, e non trova esatto il dire che è la durata della sensazione dolorosa e non la sensazione stessa che faccia ritenere la esistenza giuridica del danno. Secondo il Minozzi, se l'idea del danno dipendesse tanto strettamente da quella della durata della sensazione penosa, la ricerca del danno si confonderebbe con quella della durata della sensazione dolorosa; ed allora per sapere se un'offesa all'onore, alla libertà, o uno dei tanti patemi meriti oppure no giuridicamente il nome di danno morale, bisognerebbe procedere alla indagine della durata della sensazione dolorosa

Digitized by Google

nel subbietto del danno. In tale caso occorrerebbe prima fissare una norma che ci dica il tempo che deve durare una sensazione dolorosa perchè si abbia un danno, ed anche il metodo per misurare la durata di tali sensazioni (1). Ma l'*effetto penoso* equivarrà alla *sensazione dolorosa?* Nulla ci autorizza a tale affermazione, non trasparendo dalla dottrina del Gabba tendenza verso la filosofia materialista, che tutto riduce a sensazione. Laonde, pure accettando l'espressione *effetto penoso* nel senso non materialistico, crediamo che si possa rispondere all'obbiezione nei termini stessi in cui è fatta.

6. Dice il Gabba che le offese al decoro, alla libertà personale, i patemi dell'animo, sono fenomeni ed effetti morali passeggieri, mentre tali non sono la scemata considerazione sociale di una persona o l'offesa pudicizia di un fanciullo o di una fanciulla, o la perduta assistenza dei genitori. Ma non comprendiamo come mai la scemata considerazione sociale di una persona possa avere un *effetto penoso durevole,* mentre le offese al decoro, alla libertà personale, i patemi dell'animo possono ritenersi *fenomeni ed effetti morali passeggieri.* La scemata considerazione sociale suole essere l'effetto delle offese al decoro; senza dubbio l'offesa si verifica in un dato momento, ma i suoi effetti perdurano sia nel subbietto offeso, come al di fuori di lui. Nel subbietto offeso rimangono quelle tracce dolorose che talvolta bastano a logorare lentamente la vita di un uomo; all'esterno possono perdurare e risolversi nella scemata considerazione sociale. Cause ed effetti persistono. L'ingiuria, la diffamazione, l'offesa al decoro si verificano in dati momenti, ma continuano a rimanere cause ed effetti penosi. Noi domanderemmo all'illustre professore Gabba se offeso nel suo onore, nel suo decoro da un maligno qualsiasi, ne risentirebbe un *effetto morale passeggiero!* Tutt'altro; e l'obbiezione da lui fatta sull'uso dell'espressione *danno morale* non si giustifica.

Ma lo stesso scrittore è costretto a riconoscere che le due espressioni *danno morale, offesa morale* si equivalgono.

(1) Op. cit., cap. III, § 22.

Digitized by Google

« Danno morale ed offesa morale possono essere effetto di un danno fisico-corporeo, oppure confondersi e immedesimarsi con questo, ma ciò nondimeno si distinguono da questo non solo, ma vi si contrappongono. Talvolta danno morale intendesi propriamente l'effetto, più o meno durevole, di una offesa morale, come p. e. lo scemato pregio di una ragazza deflorata, piuttostochè quella offesa stessa; ma l'effetto non si può sostanzialmente distinguere dalla causa, ed è quasi l'effetto continuazione della causa, cioè dell'offesa » (1).

Accettiamo pure il concetto che danno morale sia la conseguenza dell'offesa morale: perchè non sarebbe danno in senso giuridico? Perchè non havvi un patrimonio *giuridico morale,* risponde l'autore; ciò che sarebbe una mera *analogia di frasi, la quale a nulla di concreto conduce, nè in particolare a fare assumere nella cerchia del diritto il danno morale accanto al danno economico.* La dimostrazione di questo assunto è abbastanza ardua e l'illustre scrittore non fa che imbattersi in contraddizioni. « Si può ammettere bensì nel diritto un patrimonio morale distinto dall'economico, ma esso componesi di vari e proprii diritti di una persona verso di un'altra, la cui sostanza, cioè, benchè morale, si estrinseca in atti e fatti esteriori sensibili da persona a persona. Tali sono i diritti personali, e veramente formano questi soli il contenuto di quello che si può dire patrimonio giuridico morale. Ciò perchè il diritto ha appunto per sua natura sempre un effetto esteriore e sensibile ». Ma questa che sembra una vera petizione di principio perchè si suppone che l'offesa morale sia offesa ad un diritto personale, è argomento addiritura contrario all'assunto del Gabba. È erroneo che ogni diritto debba avere un *oggetto esteriore e sensibile*; i diritti eminentemente personali non ne hanno alcuno. Tali sono il diritto all'onore, alla incolumità, alla propria conservazione, ecc., e quando si parla di offesa morale, con questo linguaggio si vuole intendere offesa a diritti che non si estrinsecano in oggetti esteriori e sensibili.

(1) Monogr. cit. nel *F. It.*. loc. cit., pag. 700.

Digitized by Google

Il Gabba comincia dal fraintendere il significato del diritto personale, ed attraverso l'equivoco ci dice che « non hanno questa natura (esteriore e sensibile) e non si possono neppure propriamente dire personali, nè tampoco diritti od elementi del patrimonio giuridico personale, gli oggetti dell'offesa e del danno morale, come p. e. l'onore, la pudicizia ». Ma la inesattezza delle affermazioni è tale che l'autore immediatamente soggiunge: « Essi sono bensì elementi integranti dell'umana personalità, e *intangibili* e *inviolabili* come questa, ma appunto la intangibilità e la inviolabilità dell'umana personalità non è per sè medesima un diritto civile e privato, perchè non ha oggetto esteriore sensibile, non è pretensione di nessun atto o fatto esteriore determinato, che un'altra persona debba porre in essere o evitare ». Ma se non è un diritto civile o privato, che cosa sarà? « È un diritto, al certo, e il più fondamentale di tutti quanti i diritti; cioè presiede a tutte quante le relazioni giuridico-privato, ma perchè non si traduce di sua natura e necessariamente in esteriori determinate prestazioni, non è un vero elemento del patrimonio giuridico privato dell'individuo, neppure personale. È un diritto la cui tutela è prestata dal diritto pubblico penale. Or se i danni morali non sono veri danni in senso civile, cioè giuridico privato, egli è chiaro che già per questo motivo essi non possono dar fondamento e materia a risarcimento in senso civile o giuridico privato, cioè pecuniario ».

È penoso sentire ragionare un illustre scrittore nella guisa predetta. Il *più fondamentale di tutti i diritti* non fa parte del nostro patrimonio giuridico privato, perchè non si traduce *in una esteriore determinata prestazione!* Basta enunciare siffatta asserzione per relegarla nel mondo delle aberrazioni!

7. Ma il Gabba concede per un momento che si tratti di vero danno in senso giuridico, ed allora non fa che ripetere il solito argomento della impossibilità della valutazione; argomento gia sciupato e contro il quale hanno protestato tutti i sostenitori del risarcimento del danno morale; e, dopo tanti secoli di evoluzione giuridica, dopo tanto studio

Digitized by Google

sulle prerogative della personalità umana, il Gabba ci richiama all'insegnamento di Gaio, contenuto nella legge 7 Dig., 9, 3: *cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem.* Ed è davvero una verità *intuitiva* e *fondamentale* quella che proclamava il giureconsulto romano, ovvero rivela che il progresso giuridico, l'analisi filosofica non erano arrivati ancora, come arrivarono più tardi, a fermare il principio che *qualunque* fatto dell'uomo che rechi danno per dolo o colpa implichi l'obbligo del risarcimento? Insorgere contro quell'insegnamento *è sofisma, è fare indietreggiare e non già progredire la scienza del diritto?* E se è vero che *la scienza giuridica moderna non può sempre ed in tutto limitarsi e accomodarsi alle idee e alle dottrine romane, non è certamente questo uno dei casi e degli esempi in cui tal cosa possa dirsi?*

Ma ricorrendo alle leggi romane possiamo invocare l'*actio injuriarum*, per cui, previo giuramento estimatorio, era risarcita anche l'offesa all'onore, alla libertà, ecc. Ed era *pena civile*, potendosi agire in via civile o penale (*Inst.*, IV, 4, § 10). L'espressione era lata abbastanza: *de omni injuria*, e la riparazione si riferisce ad un danno che non era patrimoniale, come quello contemplato dalla legge Aquilia (1). Fosse pure una novità, di fronte alla tradizione romana, scrive il Giorgi (2), e non lo è, sarebbe un progresso e una interpretazione di legge giustificata dal sentimento giuridico odierno, perchè, come dice Jhering, è la giurisprudenza che si mette al servizio dello spirito giuridico di un'epoca, e che ora estende, ora restringe il diritto.

Alla logica, dice il Gabba, dobbiamo ricorrere, perchè il diritto è logica rigorosa. Due cose non si equivalgono, non si confrontano se non alla stregua della medesima unità di misura. E chi può misurare la quantità del dolore fisico o morale, del danno morale in generale, esprimendolo in un dato numero di unità di misura? Quale unità di misura? « E come è possibile tradurre il danno morale in danaro,

---

(1) Conf. JHERING, *Actio injur.*, trad. di Meulenaere, Paris, 1888; KELLER, *Pand.*, § 376.

(2) Op. cit., V, n. 161.

Digitized by Google

cioè prestabilire anzitutto che ogni data unità di misura e quindi ogni data quantità di quel danno equivalga ad una data somma di danaro? ».

E qui l'autore prevede l'obbiezione che gli si può fare, cioè che nel diritto penale si commisura la prestazione pecuniaria al danno morale conseguente ad un'azione delittuosa; ma alla obbiezione fattasi risponde in maniera veramente speciosa. Il legislatore odierno si sforza perchè la pena sia, quanto più possibile, proporzionata al maleficio; ma il Gabba ci dice che « nella giustizia penale non sia luogo a discorrere di equivalenza vera e propria fra il delitto e la pena ». E perchè? Perchè la pena « sia pure pecuniaria, non è riparazione in senso di risarcimento, ma in tutt'altro senso, misto di espiazione e di vendetta ». Ma sia pure che si tratti di questo miscuglio, un criterio di equivalenza ci dev'essere sempre; l'autore lo riconosce, ma ritiene che non sia *un criterio obbiettivo, nel senso di vera e propria equivalenza* fra il delitto e la pena. E che significa ciò? Il legislatore, il senso comune, il senso giuridico, ritengono che l'equivalenza ci sia, e tutte le sanzioni penali poggiano sopra questo cardine essenziale; tanto che il criterio della equivalenza si è spinto sino alla riparazione pecuniaria, di indole penale, stabilita in pro dell'offeso dal Codice punitivo.

L'obbiezione adunque non è affatto eliminata; e quando l'illustre scrittore dice che lo Stato ed il consenso universale « nessuno di questi due legislatori ha finora stabilito equivalenza fra date quantità di danno morale » afferma cosa non vera. Lo Stato nostro afferma il principio nell'articolo 38 del Codice penale, come altri Stati hanno affermato il risarcimento del danno morale con espressi testi di legge. Abbiamo il Codice civile germanico, il quale distingue il danno patrimoniale da quello non patrimoniale, ed il § 253 stabilisce che il risarcimento pel danno non patrimoniale ha luogo soltanto nei casi determinati dalla legge; il § 823 rende passibile del risarcimento chi con animo deliberato o per negligenza leda ingiustamente la vita, il corpo, la salute, la libertà, le proprietà o un altro diritto. Quest'ultima disposizione è generica ed include anche il danno non patrimoniale; e danno non patrimoniale è quello contemplato dal

Digitized by Google

§ 826, cioè danno recato agli altri in modo contrario ai buoni costumi. Nel § 807 poi il danno non patrimoniale è contemplato in maniera espressa, ammettendosi il risarcimento nei casi di lesione del corpo o della salute, o di privazione della libertà, *anche pel danno che non sia patrimoniale.* Il risarcimento pel danno non patrimoniale può essere chiesto nei casi di seduzione con promessa di matrimonio (§ 1300). Tanto basta per affermare che uno dei più importanti Codici odierni abbia fatto omaggio al principio della risarcibilità del danno morale e non patrimoniale. Ed il Minozzi (1) osserva con ragione contro il Gabba che le predette disposizioni, specie quelle dei paragrafi 343, 847 e 1300, riflettono danno puramente morale, compresi i patemi d'animo. E il risarcimento del danno morale era già stato ammesso dal Codice austriaco (§ 1325 e segg.).

In quanto al consenso universale, esso è rilevato dalla giurisprupenza quotidiana che afferma il principio nelle svariate sue applicazioni.

8. Ma è vero quel che affermasi, cioè che la dottrina della risarcibilità del danno morale esageri, non tenendo il dovuto conto della ingiuria ed affermando invece che il solo affetto dia un danno obbligante all'indennità; mentre, prima di decidere del danno, dovrebbe preoccuparsi se esista ed in che consista il diritto violato? (2)

L'accusa è priva di qualsiasi fondamento, perchè, senza por mente se esista una violazione di diritto, ogni dottrina sul risarcimento sarebbe priva di qualsiasi base scientifica. Con ragione risponde il Minozzi (3), osservando che noi possiamo avere danno non patrimoniale dalla lesione di qualunque diritto; dove havvi *injuria* havvi lesione di diritto. La *injuria* (causa del danno) non è materiale o morale, come vorrebbe il Chironi; essa giuridicamente è sempre una, sia materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale il bene o il diritto leso; invece è il danno

(1) Op. cit., p. IV, cap. I, § 11.
(2) Chironi, *Colpa extr.*. loc. cit.
(3) Loc. cit., § 23.

Digitized by Google

che si ripartisce in patrimoniale e non patrimoniale, secondo che, quale conseguenza dell'ingiuria, consista in una perdita patrimoniale o non patrimoniale.

Dell'esattezza di questo concetto non può dubitarsi; ma crediamo sia da proscriversi la teoria del Minozzi, che ravvisa la violazione del diritto attraverso le sensazioni dolorose, cagionate con colpa ed avvertite come contraddizione di una norma di diritto (1). Assorgendo al concetto della violazione del diritto, non abbiamo bisogno di occuparci delle sensazioni dolorose. L'*injuria* significa violazione di diritto? Se di ciò non può dubitarsi, la dottrina del risarcimento del danno morale non può avere a base che la violazione del diritto. Su questo punto si aggira tutta la indagine, e lungi dal far capo alle sensazioni dolorose, dobbiamo dimostrare la lesione del diritto; e, ciò dimostrato, non riuscirà poi tanto inadeguata la espressione *danno morale.*

Abbiamo noi diritto a che il nostro onore, la nostra reputazione, il nostro decoro non siano offesi? Abbiamo diritto a quella quiete dell'animo senza di che o non ci riesce possibile o ci riesce difficile lo svolgimento della nostra personalità? Abbiamo diritto a non soffrire ingiustamente dolori, patemi d'animo, sofferenze morali d'ogni specie? Abbiano oppur no un nome speciale i diritti che possono venire ingiustamente offesi, essi costituiscono le prerogative più nobili e più rispettabili della umana personalità; il non rispettarle costituisce *injuria.* E può, anzi deve farsi astrazione da qualsiasi menomazione del nostro patrimonio, intesa questa parola nel suo significato economico, tranne che nel concetto astratto di patrimonio non vogliansi comprendere tutte quelle prerogative.

Sensazioni, affetti, non possono quindi erigersi a cause determinanti il danno, ed è vero quel che dice Chironi che *il solo affetto non può dare un danno obbligante all'indennità* (2). E questo è appunto l'errore che inficia la teoria del danno morale, come è sostenuta da alcuni scrittori e da

(1) Op. cit., cap. II, § 16.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

alcuni giudicati. Si ricorre ad una specie di teoria dei sentimenti morali (Smith), ed anche a quella delle sensazioni (Locke, ecc.) per istabilire quella cosidetta aritmetica morale che tanto è piaciuta al Gioia ed al Bentham, e su tale base si vorrebbe fondare tutta la teoria del danno morale. La base invero è molto fragile, perchè nè sentimenti, nè sensazioni possono giustificare una teoria giuridica sul risarcimento del danno; e lo stesso Minozzi è costretto, attraverso la teoria delle sensazioni, di fermarsi sul concetto della *injuria*, della violazione del diritto.

Ed assorgendo a questo concetto si ha che conseguenza della lesione del diritto è sempre un *danno*, il quale può essere ovvero no d'indole patrimoniale, cioè economico. Ed è danno accertabile, inquantochè viene costituito dalla *violazione* delle prerogative dell'umana personalità, dalla influenza che taluni atti esterni sogliono produrre sull'animo umano, sui più nobili sentimenti dell'uomo, che non possano essere violati senza lesione della personalità medesima. E ben dice il Minozzi che la prova del dolore sia *in re ipsa;* l'esistenza del medesimo, in taluni casi, costituendo una specie di presunzione *juris* o *juris tantum* (1).

9. Ed eccoci all'obbiezione desunta dalla impossibilità che venga stabilita la equivalenza tra il danno ed il risarcimento; obbiezione che si presenta con qualche apparenza di fondamento.

La legge sociale del prezzo pecuniario dei danni morali, dice il Gabba, non esiste, o almeno non esiste ancora e non potrà esistere perchè *sentimento* e *danaro* sono due termini ripugnanti fra loro. I giureconsulti e i tribunali affermando il risarcimento pecuniario dei danni morali « contribuiscono, senza volerlo, a tutt'altro che a raffinare il senso morale della nazione, ma secondano invece la già dominante tendenza di considerare il danaro come il più sostanziale di tutti quanti gli interessi » (2). Poveri giureconsulti e poveri tribunali! Sono accusati nientemeno di bruciare il loro

(1) Loc. cit., § 24.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

incenso al *dio dell'oro!* Ma le questioni di responsabilità giuridica non si risolvono a furia di sentimentalismo!

Vero è che la legge sociale del prezzo pecuniario dei danni morali non esiste, nè vi è speranza che possa esistere; ma i due termini *danno morale, obbligo di risarcimento* sussisteranno sempre; e se al primo non potesse seguire il secondo, quale ingiustizia non vi sarebbe? I tribunali non hanno fin oggi trovato altro mezzo che la riparazione pecuniaria *arbitratu boni viri.* Hanno contribuito o no a raffinare il senso morale?

Sì, perchè da banda l'ostentato sentimentalismo, hanno affermato il principio che nessuna *injuria* può rimanere impunita. E mentre Gabba crede che sarebbe *vera e degna gloria* della giurisprudenza italiana di abbandonare la via battuta e riconoscere il fuorviamento, noi facciamo voti che l'augurio si sperda, chè non sarebbe gloria e tanto meno *vera e degna gloria!* Gli offensori dell'onore, dell'onestà, delle più legittime nostre affezioni, delle più importanti prerogative dell'umana personalità, sanno che oltre alle sanzioni penali possono essere costretti a risarcimento verso gli offesi, come lo sono stati fin oggi dai nostri tribunali, coll'unico mezzo che sia possibile, la riparazione pecuniaria. Fate che i tribunali chiudano l'adito all'azione di risarcimento, che mercè pochi mesi di pena afflittiva o con una multa tutto vada a finire, e poi vedrete se ne rimarrà *raffinato il senso morale!* (1).

10. Mentre nel campo economico ogni cosa ha il suo valore, il suo prezzo, e quindi la risarcibilità del danno riesce per lo più agevole, nel campo morale e giuridico si

(1) Ferrini, ricordando l'opinione del Gabba, secondo il quale la tendenza della giurisprudenza ad ammettere il risarcimento del danno morale sia tutt'altro che raffinatrice nel senso morale, osserva: « Ma forse si può rispondere che qui il danaro non si considera come merce, come corrispettivo, come misura, ma come un mezzo, per cui l'offeso può procurarsi soddisfazioni nobili ed elevate, contrarie nella direzione e omogenee nella natura al torto patito. E qui cade l'altro appunto dello stesso autore: come si misura in danaro il cosidetto danno morale? Non c'è repugnanza fra i due termini? Vi è appunto,

Digitized by Google

presentano delle difficoltà che non bisogna dissimulare. Si vuole l'equivalenza tra il *danno morale* ed il *risarcimento;* ma che cosa deve intendersi per tale equivalenza?

Non possiamo essere d'accordo col Minozzi quando scrive che « equivalenza non significa eguaglianza fra danno subìto e danno ricevuto », e che « quando si dice che il risarcimento deva equivalere al danno, non si pretende mai dire che l'indennità debba essere eguale al danno effettivamente recato, e che il danno sofferto non è mai il danno giuridicamente risarcibile, nè il suo corrispettivo in danaro può essere assolutamente a quest'ultimo uguale » (1). Tutto ciò non è esatto in tema di risarcimento di danno patrimoniale. Il danno debb'essere risarcito nella sua totalità, e se talvolta non può effettuarsi la equivalenza matematica tra danno ed indennizzo, giustizia esige che l'approssimazione abbia luogo quanto più sia possibile.

Ma in tema di danno materiale abbiamo due termini omogenei: danno (diminuzione di patrimonio, di danaro, in ultima analisi) e risarcimento (in danaro), ed ogni equivalenza, anche approssimativa non è impossibile. Nel danno morale, abbiamo *dolore* e *danaro*, termini al tutto eterogenei. Come si determinerà quindi il risarcimento?

Fa meraviglia che scrittori e giudicati del nostro tempo facciano ancora omaggio alla filosofia dell'aritmetica morale. Il danneggiato è stato vittima di calunnia? Ha sofferto discredito? « Con la rivalsa del danno si cerca ridargli quelle sensazioni piacevoli, quel benessere di cui era in possesso prima di essere vittima dell'azione dannosa » (2). « L'equivalenza fra dolore e danno, si soggiunge, a prima vista tanto impossibile e scandalosa, diventa possibile e

---

e perciò non si può qui parlare di *misurazione del danno*. ma di indiretta compensazione; il danaro non è considerato per sè, ma come mezzo per ottenere un compenso morale ». *Delitti e quasi delitti*, n. 129 (Dig. It.). Lo stesso scrittore trova nell'*actio injuriarum* una vera e propria estimazione in danaro di un cosidetto danno morale, in cui naturalmente si coinvolgono anche i danni patrimoniali che siano dalla *injuria* derivati. Op. cit., n. 127.

(1) Op. cit., cap. III, § 25 a.

(2) Minozzi, loc. cit., § 26.

Digitized by Google

giusta se alla parola dolore sostituiate le sensazioni piacevoli bastanti ad estinguere quel dolore, ed alla parola danaro si sostituiscano le sensazioni piacevoli che una data quantità di danaro è capace di produrre. Il paragone in tal modo si fa tra due quantità omogenee; così l'argomento del tutto sentimentale della non possibile equivalenza tra danaro e dolore resta completamente sfatato » (1).

Ma, a questo modo, la omogeneità dei due termini è creata dallo scrittore, non è riscontrata nella realtà. Come mai al dolore si possono sostituire le sensazioni piacevoli bastanti ad estinguere il dolore medesimo? Si sostituisce il piacere al dolore? Ed a chi sarà lecito di fare questa sostituzione? A dir vero, non si potrebbe insultare in maniera più ironica alla creatura umana: la filosofia delle sensazioni non potrebb'essere in maniera più cruda applicata nel campo del diritto!

Ad un padre afflitto per la uccisione del suo figliuolo, ad una donna offesa nei più puri sentimenti di vergine o di sposa, diremmo: mutate le vostre sensazioni piacevoli, e mutatele non alla vista, ma all'idea del danaro, del metallo portentoso, onnipossente! C'è il *surrogato piacevole* di tutte le sensazioni dolorose, il danaro. — Ma, se altro argomento non ci fosse per sostenere la giuridica possibilità del risarcimanto del danno morale, rinunzieremmo volentieri a sostenere tale possibilità in nome dell'umanità vilipesa!

Discutiamo piuttosto l'argomento desunto dalla distinzione economica tra utilità e valore, o tra valor d'uso e valor di cambio o permutabile. Crede il Minozzi che tale distinzione possa invocarsi in tema di risarcibilità di danno non patrimoniale, compendiando la quistione nel sapere « se sia da riconoscersi come giuridicamente risarcibile il danno al valore d'uso di una cosa, o meglio, se nella valutazione giuridica di un danno possa tenersi conto del valore d'uso di una cosa quando essa non ha alcun valore di scambio » (2). E l'egregio scrittore non sa spiegarsi perchè il solo valore di scambio debba entrare nella determina-

(1) Loc. cit.
(2) Loc. cit., § 27.

Digitized by Google

zione del valore dei danni alle cose, e che quei danni che consistano nella diminuzione del valore di uso debbano dichiararsi irresarcibili (1).

La ragione è ben semplice; il dolore non ha valore d'uso, perchè lungi dall'essere un *bene*, è un *male*. Hanno utilità tutte le cose, di qualsiasi specie, che possano soddisfare determinati nostri bisogni; ma i nostri patimenti, i nostri dolori, le nostre sofferenze nulla hanno di comune coi beni, colle cose, coi servigi utili. La distinzione economica è quindi inapplicabile sotto qualsiasi punto di vista; è un non senso l'invocarla. Il dolore non è una cosa avente valor d'uso; è sentimento penoso.

L'obbiezione non è quindi rimossa dal Minozzi, il quale, d'altro canto, intrattenendosi a discorrere dell'evoluzione subìta dal concetto di riparazione del danno, afferma con ragione che l'istiluto del danno morale sia l'ultimo stadio dell'evoluzione compiuta di un concetto grezzo e primitivo di vendetta (2); ma il risarcimento del danno, secondo l'autore non avrebbe carattere penale.

11. Dalla impossibilità di apprezzare il danno passa il Gabba all'impossibilità di constatarne o escluderne con certezza l'esistenza; e trova anche sotto questo punto di vista assurda la teoria del risarcimento. Riferiamo tutto il ragionamento.

« Prendiamo ad esempio il danno morale, *patema d'animo*. Come si fa a dire che la tale o tal'altra persona, attinente in qualunque modo all'ucciso o al ferito, o al mutilato o deturpato, risenta gran dolore di questa disgrazia? Sia pure presumibile questo dolore nei discendenti della vittima o del coniuge, ma vi hanno pure dei casi in cui l'apparente dolore di costoro non è in realtà che una ipocrisia: il giudice però non può svelare questa ipocrisia e quindi accadrà talvolta che egli accordi indennità a quelle persone e per quel titolo, fra le risate universali. Ma se i dolenti, veri o finti, lucrassero in pari tempo una eredità inaspettata,

(1) Loc. cit.
(2) Loc. cit., § 32.

Digitized by Google

dovrebbe per lo meno il giudice diminuire l'indennità del danno morale del valore pecuniario che egli deve al piacere del lucro inaspettato; imperocchè se il danno morale può stimarsi a danaro, anche il piacere lo si deve potere. E poi, se il giudice ammette patema morale risarcibile nei prossimi parenti, perchè non lo ammetterà anche nei remoti, e perchè non anche nei semplici amici? Il volere restringere quella presunzione ai soli parenti prossimi, come si è veduto fare al Tribunale di Bruxelles, è asserzione arbitraria. E dunque potrà accadere che i risarcimenti dei patemi d'animo non abbiano limite se non nel numero degl'impostori e degl'indiscreti, che si facciano avanti come amici affezionatissimi, come persone che non si possono dar pace di avere perduto nell'estinto una parte maggiore o minore, più o meno preziosa, di sè medesimi » (1).

E noi vogliamo seguire l'illustre scrittore anche sulla via di tali argomentazioni. E diciamo: Che importa se vi siano casi in cui il dolore dei discendenti della vittima e del coniuge sia il lamento dell'ipocrita? O che tutti i figliuoli, tutti i coniugi orbati del capo della famiglia sogliono essere tanti ipocriti? La coscienza universale non cel dice: anzi ci dice l'opposto. Ad onore del genere umano, i casi di cui parla il Gabba non sono che rare eccezioni, dalle quali non è lecito argomentare il vilipendio dei sentimenti più sacri e costanti dell'uomo! Se il giudice, che dalle molteplici circostanze di fatto deve trarre il suo incensurabile convincimento, non riesca tal fiata a smascherare la ipocrisia, ciò lungi dal suscitare le *risate universali*, non può che far detestare la ipocrisia medesima, e compatire l'errore involontario del giudice istesso, a causa dell'imperfezione che pur troppo accompagna tutti gli umani istituti!

Ne desidera il lettore una prova davvero convincente? Gli è offerta dallo stesso scrittore, i cui argomenti andiamo analizzando. I dolenti veri lucrano una eredità inaspettata, nel tempo stesso che domandano il risarcimento pel danno morale occasionato dalla perdita del genitore, del marito. Gabba consiglia che dovrebbe essere ridotta l'indennità pel

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

danno morale. Che relazione abbia l'eredità inaspettata col risarcimento del danno morale non si comprende. E quando lo scienziato, nella serenità delle sue indagini, contribuisce a fuorviare la mente del giudice, è a meravigliarsi che quest'ultimo non riesca talvolta a smascherare la ipocrisia?

12. Ma perchè il risarcimento va limitato ai più prossimi parenti e non si estende ai più remoti, perfino all'amico che era affezionato all'ucciso come a fratello? Ah! l'obbiezione non è seria. Anzitutto, non iscuote per nulla il diritto al risarcimento pel danno morale; eppoi, lo ripetiamo, non è seria. Il limite è imposto dalla natura stessa delle cose. Negli ordinamenti giuridici vi sono delle barriere che nessun legislatore, nessun giudice può oltrepassare. Quante volte, nella successione intestata, vengono chiamati congiunti ai quali nemmeno per sogno avrebbe creduto taluno di dover pervenire i proprii beni, mentre l'affetto era verso congiunti più lontani? Eppure, costoro sono esclusi. Negheremo, o meglio, contrasteremo per questo la successione legittima? Tutt'altro. Limitare quindi ai più stretti congiunti, a quelli della famiglia, agli ascendenti prossimi, al coniuge il diritto al risarcimento pel danno morale, è una razionale applicazione del principio, fatta nel miglior modo possibile.

È vero che il risarcimento del danno giuridico, *patema d'animo*, implica un elemento subbiettivo; ma dire che esso non sia mai sicuramente calcolabile nella valutazione del danno in generale, è dir cosa non vera. Subbiettivo per quanto si voglia il danno, i giudici faranno del loro meglio per intenderne la portata. Sono uomini anch'essi, e possono ben comprendere le ferite all'onore, all'onestà, ai sentimenti più nobili e puri dell'uomo. Ed è gloria vera e degna della patria giurisprudenza l'averli compresi!

Il giudice è costretto di ricorrere ad apprezzamenti desunti da quel modo di vedere della generalità degli uomini per cui il condannare l'autore del danno morale al pagamento di una data somma ritiensi conforme a giustizia. Il legislatore non ha altro mezzo, salvo qualche rara eccezione, di fare risarcire qualsiasi danno se non mercè compenso

Digitized by Google

in danaro; e se il danno morale debb'essere risarcito al pari di quello patrimoniale, ed altra forma di risarcimento non sia possibile, di chi la colpa?

Senza dubbio, non havvi una tariffa del dolore, dei sentimenti penosi; a qualunque teoria si voglia ricorrere, si domanda quel che per la natura stessa delle cose è impossibile ad ottenersi; ma ciò non significa che l'autore del danno morale non debb'essere colpito dalla sanzione della legge, che impone l'obbligo, senz'alcuna distinzione, di riparare il danno. Se fosse altrimenti, s'incoraggerebbe l'audace malignità. In effetti, ciò che trattiene alcune persone dal diffamare, dal discreditare, non è sempre la sanzione penale, che talvolta rimane inefficace per attenuanti, per frequenti amnistie o per altre ragioni; è il timore del risarcimento del danno per coloro che si trovano in condizione di poterne civilmente rispondere (1).

13. L'onore non si stima a prezzo di danaro; ma ogni condanna, ripetiamo col Laurent, anche pecuniaria, implica una riprovazione morale del fatto dannoso. È vero che è impossibile di valutare in danaro il danno morale, e che l'ammontare dei danni interessi sarà sempre arbitrario; ma che importa? Sol perchè il giudice non può accordare una riparazione esatta, non si può conchiudere che non se ne debba accordare veruna. L'arbitrario è qui nella natura

(1) Giorgi insorge contro l'argomento desunto dalla impossibilità di stabilire l'equivalenza tra il danno e la riparazione, e ricorda con quanto buon senso era data nel diritto romano l'*actio injuriarum aestimatoria*. La conclusione degli avversarii, egli dice, si ribella al senso innato del giusto: la storia della legislazione e della giurisprudenza dimostra che si è sempre trovato un modo di soddisfare il debito della giustizia verso la vittima dei danni morali. Ricorda le leggi barbariche, quelle statutarie e la voce del filosofo italiano Gioja che richiamò la attenzione dei legislatori e degli scienziati sul risarcimento del danno morale; ricorda ancora le disposizioni del Codice germanico, di quello austriaco, di quello federale svizzero sulle obbligazioni, e così conchiude: « Ci sembra impossibile che in mezzo a tanta scienza sociale e giuridica di che si onora l'età presente, queste tradizioni debbano andar perdute a solo benefizio degli oppressori, dei malefici e dei seduttori » (op. cit., V, n. 238).

Digitized by Google

stessa delle cose, e può riuscire in bene perchè permette al giudice di pronunziare pene civili senz'alcun limite, proporzionandole soltanto alla gravezza del torto morale (1). E la riparazione di qualsiasi danno, in ultima analisi, ben può raffigurarsi come una pena civile; la differenza sta in ciò che nel danno patrimoniale la trasgressione e la riparazione si controbilanciano o è agevole che ciò abbia luogo; in quello morale tutto debb'essere lasciato all'apprezzamento del giudice, perchè è tutt'altro che raro il caso in cui l'apprezzamento del giudice sovrasti a qualsiasi criterio positivo. Non è il giudice sovrano apprezzatore di talune prove? Non applica le sanzioni penali spaziando tra il massimo ed il minimo della pena? Non concede o nega le autorizzazioni secondo che si convinca? Non apprezza i fatti dolosi e colposi? Nel risarcimento del danno morale sarà sorretto da quel buon senso, da quell'equo apprezzamento dei fatti e delle circostanze che all'uopo sono necessarî. E, ad onore del vero, possiamo affermare che, per quante decisioni avessimo avuto sott'occhio, della patria giurisprudenza, di quella francese e belga, i risarcimenti ci sono apparsi conformi sempre ad equità; una persona di retto senso morale e giuridico non avrebbe potuto pensare altrimenti. Da una parte, il giudice deve comprendere il dolore, l'offesa ai sentimenti più nobili dell'uomo; dall'altra deve contemperare il risarcimento, in maniera che non apparisca sproporzionato all'azione dannosa, sia sotto il punto di vista dell'azione in sè stessa, come riguardo alle persone dell'offensore e dell'offeso.

Così il concetto di riparazione di danno si specifica nella riparazione del danno economico e di quello morale; nell'uno e nell'altro caso, è riparazione alla *ingiuria;* nell'uno e nell'altro caso havvi apprezzamento del giudice. Se non che, laddove ogni elemento di valutazione pecuniaria è impossibile, perchè trattasi di risarcimento di puro danno morale senza ripercussione economica, rimane il solo, l'esclusivo apprezzamento del giudice.

---

(1) Op. cit., XX, n. 395.

Digitized by Google

14. Abbiamo veduto come anche per le offese indirette si giustifichi il risarcimento del danno morale. Gabba (1) dice che ciò *non è stato mai ammesso e non è concepibile davvero;* ma ci permettiamo di affermare che ciò è ammesso da dottrina e giurisprudenza, ed in maniera costante. E perchè non dovrebb'essere? Sentiamone le ragioni.

« Se un uomo può essere tenuto responsabile delle conseguenze anche indirette di un suo fatto compiuto, ciò che egli ha direttamenente voluto è soltanto ciò che ha fatto, e la persona che egli voleva in qualunque modo colpire è soltanto quella che ha effettivamente colpito. Ora, la dottrina del danno morale va contro a siffatta elementare esistenza della logica e del buon senso, facendo nel medesimo tempo e dal medesimo atto scaturire danni morali di differente specie, nell'offeso e in terze persone, che possono essere anche molte: p. es., il dolore fisico e il turbamento dell'animo della moglie di lui, e in ciascuno dei figli suoi, e magari in ciascuno dei molti suoi amici ». Ma in nome della logica e del buon senso, e del più elementare buon senso, puossi mai ammettere che l'autore del maleficio non debba rispondere del danno morale che si ripercuote sui figli e sul coniuge, sol perchè egli non abbia inteso colpire se non la persona che realmente colpì? Non si terrà conto adunque del turbamento dell'animo della moglie e dei figli? Da banda il turbamento dell'animo degli amici; questa nota troppo ripetuta stanca. Il feritore, l'assassino si sottrarrà al risarcimento dicendo ai figliuoli, alla moglie: ma io non intesi perturbare l'animo vostro, bensì di colui sul quale consumai la mia vendetta! E si troverebbe un giudice così allocco da far buona la scusa?

La decisione 16 marzo 1903 della Corte d'appello di Palermo (2) dianzi ricordata porge occasione al Gabba d'insistere nell'ordine dei suoi concetti, rimproverando agli avversarii « la vaghezza e l'imprecisione dei concetti, la deficienza o inesattezza di cognizioni storico-giuridiche e di legislazione comparata, onde quella persuasione pro-

(1) Loc. cit.
(2) *F. It.*. 1903, 1, 944.

Digitized by Google

viene nella massima parte di coloro che la professano, i sofismi di pochissimi tra questi, che hanno studiato seriamente la quistione ». E siccome non siamo tra costoro, lo strale va direttamente a ferire il Minozzi, al quale il Gabba rimprovera di non avere scosso neppur uno dei suoi argomenti.

A dir vero, noi stentiamo a persuaderci che tutti coloro i quali nei loro trattati di diritto civile o in ispeciali monografie abbiano sostenuto il risarcimento del danno morale, siano stati deficienti di quelle cognizioni delle quali parla il Gabba e che altro non abbiano detto che sofismi. Però, l'illustre scrittore mentre constata con soddisfazione davvero sentita che, dopo la pubblicazione del suo scritto, alcuni tribunali abbiano avuto il coraggio di scostarsi dalla dottrina dominante, d'altra parte riconosce che questa dottrina ben presto abbia ripreso il suo impero, e *pare oggi irrefutabilmente assicurata nella nostra giurisprudenza!*

E ritorna con maggior fervore contro la dottrina del risarcimento del danno morale, *patemi d'animo;* dottrina che qualifica nientemeno d'*immorale* perchè *immorale è il concetto che il danaro asciughi le lagrime!* Ed il colmo dell'immoralità verrebbe raggiunto dalla decisione del 1903 della Corte d'appello di Palermo sopra ricordata. Ma noi abbiamo deplorato le motivazioni di quella sentenza, per cui il marito tradito dalla moglie *mitigherebbe il suo dolore, rinfrancherebbe il suo spirito colla* mercede *del danaro!* S'inficia una dottrina opponendole decisioni di simil genere?

15. La patria giurisprudenza, come abbiamo detto, ha ammesso costantemente il risarcimento del danno morale, nel senso più esteso che alla espressione possa attribuirsi, compresi anche i patemi d'animo. Ha ammessa l'azione in favore dei figliuoli dell'ucciso, dei fratelli e delle sorelle e dei genitori (1).

---

(1) Oltre alle decisioni che citeremo trattando delle singole quistioni, indichiamo le seguenti che rappresentano la giurisprudenza di circa un trentennio: Modena, 3 giugno 1878 (*Riv. Leg.*. 1878, 411); Torino, 2 aprile 1879 (*Mon. Mil.*. 1879, 433); Cass. Firenze, 13 nov. 1879 (*F. It.*,

Digitized by Google

16. L'ingiuria fatta direttamente ad una persona può ripercuotere le sue conseguenze sopra altre persone. Ciò non occorre di essere dimostrato. *Item autem,* così Ulpiano, *per semetipsum alicui fit injuria aut per alias personas; per semetipsum cum directo ipsi cui patrifamilias vel matrifamilias fit injuria; per alias quum per consequentias fit; cum fit liberis meis vel servis meis, vel uxori nuruive; spectat enim ad nos injuria quae his fit, vel qui potestati nostrae, vel affectui subiecti sint* (1). Astraendo dal concetto di patria o dominicale potestà per cui la personalità giuridica delle persone soggette veniva quasi assorbita in quella del capo,

---

1879, 2, 15); Trani, 3 aprile 1879 (*Riv. Trani.* 1879, 330); Venezia, 16 apr. 1880 (*T. Ven.*, 1880, 290); Bologna, 18 maggio 1880 (*Riv. Bol.*, 1880, 225); Torino, 26 nov. 1880 (*La Giur.*, 1881, 71); 19 aprile 1880 (*Ibid.*, 1880, 378); Cass. Torino, 23 marzo 1881 (*Giur. It.*, 1881, 174); 16 maggio 1881 (*Giur. It.*, 1882, 9); Genova, 12 febbr. 1881 (*Eco Gen.*, 1881, 1, 180); Roma, 30 dic. 1882 (*Legge,* 1883, 2, 531); Torino, 17 genn. 1884 (*G. P. Tor.*, 1884, 64); Cass. Firenze, 17 genn. 1884 (*Giur. It.*, 1884, 142); Torino, 13 nov. 1885 (*La Giur.*, 1886, 104); Cass. Roma, 10 giugno 1885 (*G. P. Tor.*, 1885, 327); 10 marzo 1890 (*C. S. Rom.*, 1890, 609); Genova, 9 dic. 1892 (*Giur.*, 1893, 68); 18 aprile 1893 (*Giur. It.*, 1893, 330); Palermo, 3 febbraio 1893 (*F. Sic.*, 1893, 22); Cass. Palermo, 23 febbr. 1895 (*Giur. It.*, 1895, 583); Venezia, 17 dic. 1895 (*T. Ven.*, 1896, 265); Cass. Palermo, 23 febbr. 1896 (*F. It.*, 1896, 1, 685); Palermo, 17 genn. 1896 (*F. Sic.*, 1896, 184); Cass. Napoli, 10 luglio 1896 (*F. It.*, 1897, 1, 183); Milano, 23 agosto 1898 (*Mon. Trib.*, 1898, 990); Aquila, 17 ott. 1899 (*Legge,* 1900, 1, 591); Trani, 26 genn. 1900 (*F. Puglie,* 1900, 351); Milano, 13 dic. 1899 (*Legge,* 1900, 1, 444); Cass. Napoli, 15 sett. 1900 (*Dir. e Giur.*, XVI, 461); 18 genn. 1900 (*Giur. It.*, 1900, 523); Messina, 25 luglio 1901 (*Rif. Giur.*, 1901, 261); Catania, 21 dic. 1900 (*F. Cat.*, 1901, 10); Messina, 26 marzo 1901 (*Rif. Giur.*, 1901, 145); Catania, 14 marzo 1901 (*F. Cat.*, 1901, 36); Torino, 31 ott. 1901 (*La Giur.*, 1901, 1457); Bologna, 14 febbr. 1902 (*F. Bol.*, 1902, 25); Cass. Palermo, 7 giugno 1902 (*C. Giur.*, 1902, 181); 12 aprile 1902 (*F. Sic.*, 1902, 230); Milano, 18 maggio 1903 (*Mon. Trib.*, 1903, 651); Cagliari, 2 febbr. 1903 (*F. Sic.*, 1903, 79); Bologna, 3 aprile 1903 (*Filang.*, 1903, 700); Cass. Palermo, 4 giugno 1903 (*Rif. Giur.*, 1903, 636); Palermo, 18 aprile 1904 (*F. Sic.*, 1904, 362); Casale, 23 marzo 1904 (*Mon. Mil.*, 1904, 454); Milano, 24 maggio 1904 (*Ibid.*, 1904, 995); Napoli, 29 febbr. 1904 (*Dir. e Giur.*, 1904, 888); Catanzaro, 26 febbr. 1904 (*Giostra.* 1904, 8); Torino, 7 luglio 1905 (*Filang.*, 1906, 72); Cass. Napoli, 23 febbr. 1905 (*Dir. e Giur.*, 1905, 793); Firenze, 13 sett. 1905 (*Ann.*, 1905, 300); Trani, 13 febbr. 1905 (*Riv. Trani,* 1905, 619); Palermo, 13 agosto 1906 (*Circ. Giur.*, 1906, 1374).

(1) Fr. 1, § 3, Dig., 47, 10.

Digitized by Google

resta sempre fermo il principio per cui l'offesa all'onore, alla reputazione di una persona ripercuotesi sulle persone che sono alla medesima legate da stretto vincolo di affetto. E lo stesso Ulpiano, sull'autorità di Nerazio afferma: *ex una injuria interdum tribus oriri injuriarum actionem, neque ullius actionem per aliam consumi: utputa uxori meae filiaefamilias injuria facta est; et mihi et patri ejus et ipsi injuriarum actio incipiet competere* (1).

I testi anzidetti sono così comprensivi da includere anche il torto morale; ed oltre a ciò rivelano i limiti entro i quali il giureconsulto romano ammetteva la ripercussione dell'ingiuria, escludendo implicitamente gli amici, le persone estranee affezionate, e rivelando per ciò stesso il niun valore dell'argomento del Gabba. Ulpiano non esce dai limiti della *famiglia*, chè sarebbe stata una stranezza: ma il principio da lui formulato è giovato più tardi ad applicarlo convenientemente alle persone giuridiche quando l'offesa recata ad uno dei componenti ricada sugli altri. E Sourdat cita Voet, il quale, sull'autorità di parecchi dottori, ammetteva che l'ingiuria fatta all'abbate si riverberasse su tutto il sodalizio (2). Ma, come sorge dallo stesso Voet, il principio venne applicato dalla dottina in maniera assai lata. *Denique*, così egli scrive, *etiam abbati totique monasterio per unum ex monachis, universae familiae per unum de familia contumeliis affectum, cognationi per unum cognatum injuria fit, quotiens illam nam ad singularem personam, sed ad familiae cognationisve aut ad sodalitatis jus ac honorem relationem habet; eo quod tunc non tam cognati vel sodalis in monasterio quam proprie injuriae persecutio fit.* E completa a questo modo il principio, riferendosi anche agl'insegnamenti di Ulpiano contenuti nella legge 1ª Dig., 47, 12: *Observandum est tamen in enumeratis hisce casibus, quibus qui per alterius personam injurias patitur, desiderari, ut eas inferens noverit conditionem ejus, cui intulit, adeoque sciverit esse filium familias, uxorem, sponsam, etc., cui injuriam facit; licet forsitan ignoraverit cujus patris, mariti, sponsi esset; quia*

(1) Fr. 1, § 9, Dig., 47, 10.
(2) *Ad. Pand.*, 42, 10, 6.

Digitized by Google

qui id non ignorat, cuicumque patri, cuicumque marito, per filium, per uxorem vult facere iniuriam; nam si omnino patrem familias aut viduam vel virginem necdum desponsatam esse crediderit eam, quam contumelia affecit, nec maritus, nec sponsus, nec pater ullam injuriarum actionem suo nomine habet.

17. E Voet vorrebbe desumere la limitazione anzidetta dal fram. 18 pr. Dig., 47, 12, e dai §§ 4° e 5° dello stesso frammento, dove Paolo discrimina in certo modo l'offensore che avesse ignorata la condizione di famiglia dell'offeso. Chi offende un figliuolo di famiglia credendolo *paterfamilias* è scusato nella maniera istessa di colui che offende una donna credendola vedova (§ 4°); ma non è scusato se ignori chi sia il padre o chi sia il marito (§ 5°). Ma la dottrina di Paolo che riguarda la intenzionalità nelle offese è scossa da quanto lo stesso giureconsulto insegna nel § 3° dello stesso frammento, dove non iscusa l'offensore che abbia errato sulla persona dell'offeso. *Si injuria mihi fiat ab eo cui sim ignotus, aut si quis putet me Lucium Filium esse quum sim Cajus Sejus, praevalet quod principale est, injuriam eum mihi facere velle, nam certus ego sum, licet ille putat me alium esse quam sum, et injuriarum habebo.* Ciò rivela la perplessità della dottrina di Paolo, alla quale parci che vada contrapposta quella di altri giureconsulti. Infatti Ulpiano riferisce l'opinione di Labeone, il quale ammetteva la responsabilità di chi avesse percosso il servo chiamato erede, dopo adìta l'eredità, *sive scit se liberum, sive ignorat* (1). E, generalizzando, nel § 8 dello stesso frammento insegna: *sive autem sciat quis filium meum esse, vel uxorem meam, sive ignoraverit, habere me meo nomine actionem Neratius scripsit.* Se però il principio contenuto in questo frammento collima colla dottrina di Paolo, non così quello di Labeone, che fa astrazione da ogni indagine intenzionale.

Questa digressione, per la quale domandiamo venia al lettore, è intesa a rafforzare il principio della responsabi-

(1) Fr. 1, § 7, Dig., 47, 10.

Digitized by Google

lità dell'offensore anche rispetto alle persone sulle quali può ripercuotersi l'offesa, senza per nulla accettare la limitazione romana, che se aveva valore in tema di *actio injuriarum*, non può avere applicazione oggidì riguardo al risarcimento del danno in genere, e tanto meno del danno morale. Così il padre può agire in nome del figliuolo offeso, se minorenne, e nel proprio nome. Sourdat respinge con ragione l'opinione di Faustin Hélie, che ammette l'azione del padre come rappresentante il figliuolo, ed accetta quella di Legaverand, che ammette la duplicità dell'azione (1); ed accetta altresì le ragioni addotte dalla Corte di Montpellier (12 novembre 1851), cioè che « l'estime et la considération qui s'attachent à la conduite honnête et irréprochable des pères et mères et de leurs enfants, sont un patrimoine commun de la famille, dont la conservation et la garde sont spécialement confiées par la morale et la loi à la surveillance et à la sollicitude paternelles ». Laurent (2) accenna al motivo di dubitare, desunto dall'essere stata una maggiorenne la persona diffamata nella specie decisa dalla Corte di Montpellier; ma egli approva la soluzione data: « le considérant, egli dice, ne répond pas à notre scrupule; nous n'y insistons pas, parce que le sentiment moral l'emportera toujours, dans ces affaires, sur la subtilité du droit » (3).

18. La dottrina dei patrii scrittori ammette l'azione di risarcimento per danno morale non solo a favore degli eredi ma anche dei congiunti che eredi non fossero, ed i quali esercitano l'azione *jure sanguinis* (4). L'ingiuria, la diffamazione fatta a tutta la famiglia, scrive Chironi (5), darà ai membri che la compongono azione pel danno, se l'onore ed

(1) Op. cit., n. 37.
(2) Op. cit., XX, n. 398.
(3) Op. cit., XX, n. 398.
(4) Giorgi, V, n. 161; Ferrazzoni e Cogliolo, nell'*Ann. critico*. 1892, I, p. 119; Benevolo, op. cit., n. 11.
(5) Chironi, *Colpa extr.*, n. 494; Conf. Giorgi, V, n. 190; Borsani e Casorati, § 99. V. pure Haus, *Princ. di diritto penale belga*, n. 958 e segg., nota 5.

Digitized by Google

il credito di ciascheduno ebbe a risentirseue; e siccome il danno può essere maggiore per uno di essi, così a suo vantaggio sarà maggiore la quantità del risarcimento. Infatti, osserva altresì lo stesso scrittore, anche rispetto alle pretese del danno morale, possono certe peculiari circostanze in cui l'individuo si trovi determinare un indebolimento dei rapporti famigliari in confronto ad altri pei quali altre circostanze esistono. Ad essi la riparazione del danno morale può essere data in diversa misura ed anche essere negata del tutto. « Così chi per dissidii, a ragione o a torto insorti, si fosse allontanato dai suoi intimi, potrà agire per la riparazione morale in conseguenza di offesa data al nome, alla dignità di sua famiglia; ma difficilmente potrà ottenere questa riparazione se chiesta in occasione di offesa fatta a congiunto col quale notoriamente avesse rotto ogni famigliare rapporto ».

La patria giurisprudenza ha ampiamente applicato il principio, come sorge da parecchie delle decisioni sopra citate; ed il risarcimento è stato ammesso indipendentemente da quello per danno materiale, quantunque qualche decisione sia stata pronunziata in senso contrario (1).

E *jure proprio* si esercita dagli eredi l'azione per ingiuria recata alla memoria del defunto loro autore; cioè in quanto il danno, materiale o morale, si fosse ripercosso sulle persone degli eredi (2).

19. Minozzi (3) respinge l'opinione di ammettere l'azione di risarcimento di danno morale in base al criterio che informa il diritto alimentare (art. 140 e segg. Cod. civ.); ed

---

(1) Catania, 24 giugno 1898 (*Giur. Cat.*. 1898, 141); Cassaz. Roma, 22 maggio 1899 (*T. Rom.*. 1900, 55). In questa decisione si ritiene l'erroneo principio che il danno morale si risolva in lucro cessante e danno emergente.

(2) « La riparazione del danno per ingiuria è dovuta *jure proprio* anche ai congiunti, al coniuge ed agli eredi del diffamato, ognorachè il discredito sia ricaduto sopra il loro capo, ovvero abbiano interesse a conservare illibata la memoria del loro autore ». Giorgi, op. cit., V, n. 224)

(3) Op. cit., p. VII, cap. IV.

Digitized by Google

ammette quanto è stato praticato dalla giurisprudenza, cioè di limitare l'azione ai più prossimi parenti, genitori, figli, coniuge, e qualche volta fratelli e sorelle. Cita diversi giudicati dai quali sorge che se talvolta si è oltrepassata quella cerchia, ciò ha avuto luogo perchè o trattavasi di danni patrimoniali indiretti, ovvero di danni morali e patrimoniali insieme.

Per quanto possa esservi qualche analogia col diritto alimentare e l'obbligo degli alimenti sia anch'esso fondato sui vincoli di sangue, quello degli alimenti ha uno scopo tutto patrimoniale. Ciò è vero senza dubbio; ma neghiamo quel che afferma il Minozzi, cioè che i due diritti abbiano la stessa origine ed un comune ed identico fondamento razionale (1). Se così fosse avremmo una perfetta analogia, alla quale potremmo sicuramente ricorrere nel difetto di un testo di legge. Ma analogia non può esservi tra il mezzo di sostentamento del quale si ha bisogno in certi casi e per cui la legge impone l'obbligo di fornirlo a determinate persone, fino ad includervi gli affini in linea retta, ed un risarcimento di danno morale, comunque voglia giustificarsi tale risarcimento. Diverso è il fondamento razionale dell'uno e dell'altro obbligo, ed è tale diversità che ci fa ritenere inapplicabile al risarcimento del danno morale il criterio dalla legge stabilito in ordine alle persone chiamate a fornire gli alimenti. Le conseguenze poi sarebbero assurde, conveniamo col Minozzi, perchè bisognerebbe giungere a questo, cioè a riconoscere l'azione di danno al suocero per la morte del genero o della nuora, in preferenza dei fratelli dell'ucciso.

20. Si potrebbe ricorrere, per analogia, a quanto dispone l'articolo 400 del Codice penale? Con ragione il Minozzi ritiene la negativa, pur riconoscendo che il fondamento razionale del diritto di dare querela, nei casi previsti dal Codice anzidetto, possa dirsi che abbia qualcosa di comune col diritto al risarcimento del danno morale. Tuttavia, bene osserva lo stesso scrittore, l'analogia vien meno se si consideri che non tutte le persone indicate nell'articolo 400

(1) Loc. cit., § 38.

Digitized by Google

Codice penale possono aver diritto ai danni morali; i quali altrimenti dovrebbero essere attribuiti a parenti troppo lontani, come ai nipoti ed agli affini in linea retta (1).

Il predetto scittore limita alla cerchia della famiglia l'azione pel risarcimento del danno morale; alla famiglia che è centro delle domestiche affezioni e che comprende i genitori, i figli, il coniuge, i nipoti. Avverte che il risarcimento conferito al più prossimo ascendente o discendente deve escludere dal diritto il più remoto. « Che se per la età o per ogni altra condizione dell'ucciso, esso non era il capo di una famiglia a sè, ma un *filius familiae*, è a tutti i componenti di questa famiglia che si debbono i danni morali, non esclusi i fratelli e le sorelle, salvo il caso di costoro, per la loro tenera età, non facciano presumere di non essere ancora in grado di risentire quel dolore per la perdita di una persona famigliare, che è il necessario presupposto del danno morale. In nome loro possono ben richiedersi i danni patrimoniali indiretti, che la perdita del padre o del fratello loro ha cagionato pel mancato aiuto materiale e morale; ma non mai i danni morali che richiedono la esistenza di un dolore, che essi per la loro età non sono in grado di sentire. Oltre a ciò è anche da notare che possono presentarsi nella pratica ancora altri casi in cui sia razionale dubitare della esistenza di questi presupposti di affetto fra qualche membro di una famiglia e l'ucciso, come ad esempio, se fra costoro si sia verificato anche uno dei casi, che, secondo il nostro Codice, danno luogo alla revoca della donazione per ingratitudine o alla incapacità di succedere per indegnità » (2).

Se non che, restringendo alla sola cerchia della famiglia l'azione pei danni morali, verrebbero esclusi i fratelli e le sorelle che dalla famiglia, in senso stretto considerata, fossero usciti. Ora, non si comprende come per tale ragione possa venir meno l'affetto, d'onde il dolore per la perdita del fratello o della sorella. Parci quindi più razionale limitare l'azione ai genitori, figliuoli, coniugi, fratelli e sorelle,

(1) Loc. cit., § 39.
(2) Loc. cit., § 42.

Digitized by Google

indipendentemente dal fatto che appartengano o no alla famiglia. E non crediamo che i fratelli e le sorelle non conviventi in famiglia si possano equiparare, come fa il Minozzi (1), ai cognati ed al suocero.

21. Applicando la teoria del risarcimento del danno morale ai casi particolari, notiamo che è stata ammessa l'azione suddetta in pro della moglie pei patemi d'animo sofferti a causa del grave pericolo incorso dal marito in seguito a ferimento (2). Sarebbe egualmente ammessibile l'azione per l'ingiuria ricevuta dal marito?

Non parve equo alla legge romana che il marito fosse difeso dalla moglie: *defendi enim uxores a viris, non viros ab uxoribus, aequum est* (3). Sourdat (4) ricorda che tale dottrina fu ammessa da Denizard e Legraverand, e scrive: *elle ne pourrait le faire sans l'autorisation de son mari; il est plus naturel que celui-ci agisse personnellement.* Ma se gli stretti congiunti possono agire *jure proprio* pel risarcimento del danno morale, come mai nol potrà la moglie per l'offesa patita dal marito? Non si tratta della *moglie* che intenda difendere il marito, ma della moglie che intenda essere risarcita del danno morale. Se si riconosce esservi un danno ad una persona responsabile che lo abbia commesso, la conseguenza è che debb'essere risarcito; nè la moglie avrebbe bisogno di un'autorizzazione del marito, perchè per tali casi non occorre l'autorizzazione.

Così fu ammessa l'azione in favore della madre, *jure proprio*, contro il corruttore della figliuola minorenne (5), e contro l'autore dell'aborto che produce la morte (6), ed in favore del padre per identica ragione (7): in favore della

---

(1) Loc. cit., § 43.
(2) Torino, 20 aprile 1897 (*Giur. It.*. 1897, 226).
(3) *Inst.*. IV, 4, 2.
(4) Op. cit., n. 38.
(5) Catanzaro, 2 dic. 1895 (*F. Cat.*. 1896, 149).
(6) Torino, 14 genn. 1903 (*G. P. Tor.*, 1903, 38))
(7) Cagliari, 13 novembre 1895 (*Giurispr. Sarda*, 1896, 26); Palermo, 26 maggio 1896 (*F. Sic.*. 1896, 47).

Digitized by Google

moglie per sevizie e minacce contro la figlia (1). E la stessa azione fu riconosciuta alla sorella per l'uccisione della sorella (2) o del fratello (3), al marito pei delitti commessi contro la moglie (4), al fratello per l'offesa recata alla sorella (5), agli stretti congiunti indipendentemente dalla qualità ereditaria (6), e quindi alla suocera per la uccisione del genero (7). Talvolta si è voluto limitare il diritto dei figli alla sola ipotesi di omicidio del padre (8); ma questa limitazione non è giustificata. Invece al marito si è riconosciuto il diritto di agire per le offese recate alla moglie, senza alcuna limitazione (9).

22. La donna sedotta ha diritto a risarcimento per danno morale contro il seduttore?

La quistione è stata trattata precipuamente sotto il punto di vista della compensazione della colpa; se, cioè, il seduttore possa invocare, alla sua volta, la colpa della sedotta per sottrarsi al risarcimento. Il disonore, la gravidanza da una parte; il mantenimento dei figliuoli nati dal concubinato, dall'altra. Di fronte a tale stato di cose è giuridicamente logico l'abbandono della donna da parte di colui che, dopo averla adescata ai proprii voleri e forse resala anche madre, le volga le spalle e vada via?

L'indagine, come altri ha osservato, è alquanto complessa. Le relazioni tra un uomo e una donna possono essere il frutto di passione reciproca ed assumere quindi un carattere di reciproca colpevolezza; ed allora è il caso di invocare la nota massima *consentienti non fit injuria*. La più grande severità è allora imposta dal rispetto al buon

---

(1) Cass. Roma, 8 genn. 1896 (*C. S. Rom.*, 1896, 60).
(2) Cass. Roma, 2 dic. 1898 (*Legge*, 1898, 1, 678).
(3) Catanzaro, 4 febbr. 1903 (*Giostra*, 1903, 11).
(4) Cass. Roma, 13 maggio 1899 (*Cass. Un.*, X, 1194).
(5) Cass. Roma, 9 febbr. 1900 (*Riv. Pen.*, LI, 688).
(6) Cass. Roma, 18 dic. 1901 (*Cass. Un.*, XIII, 637); Milano, 18 maggio 1903 (*Mon. Mil.*, 1903, 651); Lucca, 9 marzo 1903 (*Ann.*, 1903, 128).
(7) Cass. Roma, 7 sett. 1902 (*F. It.*, 1902, 2, 515).
(8) Sourdat, n. 37 *ter*.
(9) Sourdat, n. 38.

Digitized by Google

costume, dalla necessità di evitare lo scandalo che sogliono trar seco giudizi di simil genere, nei quali si cercherebbe di sospendere l'impero della giustizia e di ottenere il premio delle più disordinate passioni (1). La giurisprudenza ha negato, in tali ipotesi, alla donna ogni specie di risarcimento per danno morale (2). Ma l'ha costantemente ammessa quando la donna sia stata vittima dell' altrui inganno; quando la sua volontà, influenzata dal dolo, dalle male arti, dalla condizione di superiorità del seduttore, dalla promessa di renderla sua moglie, abbia ceduto come il debole, l'ingenuo cede dinanzi al forte o all'astuto che bene intenda la debolezza del sesso e meglio sappia trarne profitto.

La dottrina ha sorretta questa giurisprudenza che ha saputo così bene applicare i principii del diritto e della equità alle offese della seduzione e del tradimento. Merlin (3), Demolombe (4), Laurent (5), Sourdat (6)... sono autorità bastevoli a confortare cotanto grave assunto. La giurisprudenza francese sorpassando sull' obbiezione desunta dal divieto delle indagini sulla paternità naturale, ammise l'azione contro il seduttore; ed in questo senso si è esplicata quella patria, nessuna influenza avendo sulla medesima esercitata la voce solitaria di qualche nostro scrittore (7). Ha ammessa la prova anche testimoniale, di tutti quei fatti dai quali possa arguirsi la seduzione e fin anco quella dell'esistenza della prole, ritenendo non ostativo l'articolo 189 del Codice civile, e ciò tanto in favore di maggiorenni che di minorenni (8). Il codice germanico ha espressamente riconosciuta l'azione di risarcimento in favore della donna sedotta (paragrafi 825 e 847).

---

(1) SOURDAT, n. 662 *quat.*

(2) V. le decisioni ricordate dal SOURDAT, loc. cit.

(3) Rép., v. *Fornic.*

(4) Op. cit., III, n. 30.

(5) Op. cit., II, n. 308 e seg., e XX, n. 397.

(6) Op. cit.

(7) Hanno ammesso l'azione in favore della donna sedotta: GIORGI, *Obbl.*. V, n. 152 *bis;* GIACOBONE, *I diritti delle donne sedotte.* Varzi, 1890.

(8) Tra le decisioni più recenti: Cass. Torino, 29 marzo 1881 (*F. It.*, 1881, 1, 628); Milano, 8 luglio 1885 (*Giur. It.*. 1886, 64); Brescia, 12 genn.

Digitized by Google

23. Non ci occuperemmo di qualche decisione solitaria se le considerazioni che la informano non ci costringessero di additarla ai lettori. È della Suprema Corte siciliana, 27 luglio 1889 (1), e si rimane stupefatti per la maniera come un supremo collegio tratti una quistione tanto delicata. Comincia dal trovare illecita la causa del contratto innominato che ha luogo tra il seduttore e la sedotta. « Qualunque siano le promesse, qualunque i giuramenti, che Dio respinge perchè non è l'autore del male, non ingenerano obbligazione veruna. Se tali promesse si adoperano per spingere una donna ai lascivi abbracciamenti, costituiscono un invito al mal fare; se guardano il passato sono una remunerazione

---

1885 (*Ibid.*. 1885, 232); 4 maggio 1886 (*Ibid.*. 1886, 392); Bologna, 18 dic. 1885 (*F. It.*. 1886, 1, 33); Cass. Torino, 11 ott. 1887 (*Ibid.*. 1887, 1, 1136); Genova, 5 ott. 1887 (*Giur. It.*, 1887, 157); Venezia, 8 luglio 1888 (*T. Ven.*. 1888, 551); Trani, 19 maggio 1893 (*Giur. It.*. 1893, 348); Torino, 23 dic. 1892 (*Ibid.*. 1893, 325); Cass. Roma, 6 marzo 1893 (*F. It.*. 1893, 1, 350); Roma, 2 febbraio 1893 (*T. Rom.*. 1893, 100); Genova, 12 giugno 1894 (*Filang.*, 1894, 497); Bologna, 12 giugno 1893 (*Mon. Bol.*. 1894, 308); Genova, 15 febbr. 1895 (*Filang.*. 1895, 355); Bologna, 12 marzo 1895 (*Mon. Bol.*, 1895, 102); Roma, 4 luglio 1895 (*T. Rom.*. 1895, 448); Genova, 27 luglio 1895 (*F. It.*. 1895, 1, 997); Cass. Torino, 18 dic. 1895 (*Giur. It.*. 1896, 281); Catania, 28 agosto 1896 (*F. It.*. 1897, 1, 709); Cass. Torino, 6 maggio 1897 (*Giur. It.*, 1897, 685); Torino, 25 genn. 1897 (*La Giur.* 1897, 500); Venezia, 1° luglio 1898 (*Ann.*. 1898, 335); Catanzaro, 25 aprile 1898 (*Legge*, 1898, 2, 193); Genova, 11 febbr. 1898 (*Gazz. Giud. It.*, 1898, 53); 11 ott. 1898 (*T. Gen.*, 1898, 583); Cass. Torino, 23 giugno 1899 (*Legge*, 1899, 2, 406); Venezia, 23 febbraio 1900 (*Filang.*. 1900, 536); Bologna, 11 dic. 1900 (*Ibid.*. 1901, 466); Cass. Firenze, 24 genn. 1901 (*Ibid.*. 1901, 406); Cass. Firenze, 24 genn. 1901 (*Giur. It.*. 1901, 210); Brescia, 6 febbr. 1901 (*C. Brescia*, 1901, 31); 3 febbr. 1900 (*Ibid.*. 1900, 312); Cass. Palermo, 31 maggio 1900 (*F. Sic.*. 1900, 472); Catania, 21 dic. 1900 (*Legge*, 1901, 1, 481); Torino, 5 marzo 1901 (*La Giur.*. 1901, 565); 22 giugno 1901 (*Ibid.*. 1901, 1063); Venezia, 31 luglio, 1903 (*Temi*. 1903, 749); Bologna, 20 febbr. 1903 (*F. Bol.*. 1903, 44); Cass. Torino, 6 dic. 1902 (*La Giur.*. 1903, 577); Venezia, 31 luglio 1903 (*Temi*. 1903, 749); Palermo, 19 sett. 1903 (*F. Sic.*, 1904, 9); Trani, 22 dic. 1903 (*Dir. e Giur.*. XX, 420); Venezia, 9 giugno 1904 (*Temi*. 1904, 685); Milano, 9 febbr. 1904 (*Mon, Trib.*, 1904, 309); Cass. Roma, 31 dic. 1903 (*Temi*. 1904, 176); Cass. Napoli, 6 febbr. 1905 (*F. It.*, 1905, 1, 607); Cass. Torino, 26 maggio 1905 (*La Giur.*. 1905, 1041); Perugia, 29 dic. 1904 (*C. Ancona*. 1905, 95); Torino, 11 apr. 1905 (*La Giur.*, 1905, 705); Palermo, 10 giugno 1905 (*C. Giur.*. 1905, 224).

(1) V. *F. It.*, 1890, 1, 304, est. Semmola.

Digitized by Google

del fatto; se il presente, sono una conferma della turpitudine in corso ». Ah! dunque non vi sarà più distinzione tra una donna onesta, che, sicura di essere sposata, cada vittima della sua fede e della sua ingenuità, ed una donna corrotta, che voglia profittare dei *lascivi abbracciamenti*, ai quali abbandonossi per disgraziata abitudine o per turpe mestiere? Che cosa è la seduzione? La Corte vuol definirla, e noi accettiamo la definizione, perchè questa contrasta in maniera stridente col principio egoistico dalla Corte stessa affermato. « La seduzione, nel senso filologico e naturale, è distrarre con inganno taluno dal bene per indurlo al male; epperò, nella specie, consiste nel far perdere le idee innate di pudicizia e di castità per sostituirvi quelle della libertà di condiscendere alle concupiscenze del senso ». Benissimo; dunque vi è un uomo il quale *usa l'inganno per indurre una donna al male, per farle perdere le idee innate di pudicizia e di castità;* un uomo che profitta della debolezza del sesso muliebre, e che d'altra parte sarà al coverto da ogni responsabilità « perchè le promesse di un matrimonio non sono speranze puramente legittime, ma incentivo di favorire il pervertimento della mente e del cuore... ». Ma il lettore ci permetta di non più occuparci di una decisione, che vorremmo sparisse dagli annali della patria giurisprudenza!

E ricordiamo piuttosto la decisione della Corte di Bologna 18 dicembre 1885 (1), che ha saputo ben discernere il caso in cui la colpa dell'uomo e quella della donna debbano ritenersi compensate, da quello in cui sia ingiusto parlare di compenso. « Indarno potrebbe la donna che, infrangendo ogni freno di naturale pudore, si butti volenterosa e senza resistenza in braccio dell'uomo, chiedere del fatto altrui un compenso del fatto proprio. Ma quando si ha dall'una parte un uomo che si fa innanzi colle arti e le lusinghe della seduzione, e dall'altra una donna che al laccio di quelle arti e di quelle lusinghe, o troppo debole o troppa inesperta, o troppo credula, rimane presa, quando per soprappiù quell'uomo ha per sè l'autorità di padrone e quella donna l'umile soggezione di serva; quando a questa donna per

(1) *F. It.*, 1886, 1, 33.

Digitized by Google

finir di vincere le materiali ritrosie, si fa balenare allo sguardo la ridente prospettiva di una legittima unione, la quale purifichi gli anticipati piaceri del talamo e lei pure da servente converta in padrona; in tal caso, le condizioni rispettive delle parti non sono più pari. Vi ha una colpa che prevale alla colpa. Si potrebbe quasi dire che vi fu di mezzo una violenza morale, che si impose alla donna. Parlare qui di piena e perfetta libertà di consenso, dal canto suo, sarebbe un assurdo. Donde un colpevole ed una vittima; donde un fatto illecito ed un danno; donde per conseguenza ancora l'obbligo di risarcire il danno ».

24. Gabba, annotando la decisione 29 marzo 1881 (1) della Cassazione torinese, che ammise l'azione di risarcimento contro il seduttore e ritenne di nessun valore l'obbiezione tratta dall'articolo 189 del Codice civile, critica la decisione predetta, perchè l'azione verrebbe a togliere efficacia al divieto delle indagini sulla paternità naturale. È la solita obbiezione, già autorevolmente e irremissibilmente criticata, e della quale la patria giurisprudenza ha saputo fare il dovuto apprezzamento ritenendola di nessun valore.

Sourdat (2) dopo di avere riassunto la esagerata critica fatta dal Bertauld alla giurisprudenza francese, sia sotto il punto di vista morale, come di quello giuridico, tratta dall'art. 340 (it. 189) del Codice civile, riconosce che gli argomenti della prima specie debbono avere molta importanza in parecchi casi. Ma ciò non implica che il principio di responsabilità non debba avere, in molti casi, la sua applicazione; quando cioè il dolo, la frode, le male arti, la seduzione, la promessa di matrimonio, rendono vittima la donna. E noi accettiamo tali riserve e crediamo che al solo inadempimento della promessa di matrimonio non si possa attribuire effetto così esteso da dar luogo a risarcimento di danno morale. E biasima con ragione la tendenza di certi

(1) *Foro It.*, 1881, 1, 628.
(2) Op. cit., n. 662.

Digitized by Google

tribunali francesi verso tale errore. Ecco in quali termini vien posta la indagine.

« Una promessa di matrimonio non è il matrimonio, e malgrado la giovinezza e la inesperienza, la giovane che si abbandona prima del tempo a colui che non è ancora il suo sposo, e che potrà non esserlo per mille eventi indipendenti dalla volontà di lui, questa giovane che facilmente transige sul proprio pudore, è certamente colpevole di fronte alla legge civile, alla morale, alla religione. Se mezzi più serii non siansi fatti valere per ingannarla e spingerla sulla via fatale dove quasi necessariamente deve soccombere, è difficile di ravvisare in essa una vittima irresponsabile; o piuttosto, ammettendo anche la sincerità della promessa nel momento in cui era stata fatta, ammettendo che la persona alla quale fu rivolta abbia avuto i più plausibili motivi per credere che sarebbe stata realizzata, la speranza e la volontà del matrimonio susseguenti non ci sembrano essere di natura tale da assolvere sufficientemente dalla colpa la donna oggetto dell'altrui abuso. E bisogna dunque soccorrerla, consacrare le conseguenze dei suoi disordini e permetterle, in certa guisa, di sfruttare la propria colpa per assicurare i mezzi di una esistenza più o meno facile? Secondo il mio avviso occorre qualche cosa di più di una promessa pura e semplice di matrimonio. Occorrono manovre assai qualificate per costituire un *dolo,* in maniera che l'oblìo delle leggi del pudore non possa essere considerato per la figlia sedotta come libero e spontaneo. Altrimenti, se partecipe della colpa, non avrebbe ragione di lamentarsi, perchè le si risponderebbe a ragione: *volenti non fit injuria* ».

25. E poichè dal Gabba (1) si allega l'autorità di Bertauld in sostegno della tesi contraria, facciamo osservare al lettore che gli argomenti del procuratore generale della Cassazione francese sono stati uno per uno criticati nella maniera più esauriente. In nome della morale si pretendeva respingere ad ogni costo la sedotta; prima di ricorrere all'articolo 340 (it. 189) del Codice civile, si intendeva di proscrivere l'azione

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

della sedotta come causa di pubblici scandali. Ma la morale, si rispose, esiste per essere soltanto invocata contro il sesso debole? Nulla avrebbe da guadagnare il pubblico costume se con minore facilità taluno potesse farsi giuoco dell'innocenza di una donna? Noi la pensiamo così, dice il Sourdat, e crediamo che al certo si esiterebbe spesso di stabilire colpevoli legami, se si sapesse che il disonore della giovane che vuolsi trascinare versa il disordine, i pesi e forse la miseria che le s'impone rendendola madre, distogliendola da un lavoro onesto e regolare, non si pagheranno soltanto con largizioni volontarie, delle quali presto si stanca, ma che potranno trar seco riparazioni ben serie ». La vita privata, si dice, non debb'essere esposta agli sguardi del primo arrivato; bisogna lasciar fare ciò che non si può impedire senza compromettere gl'interessi sociali e la pubblica moralità. E stia pur bene ciò; bisogna evitare ogni scandalo inutile; e ciò che vuole la legge quando si astiene dal punire la semplice seduzione, l'oltraggio al pudore senza pubblicità, e tanti altri atti che non potrebbero essere constatati ed efficacemente repressi, e per la stessa ragione non pronunzia la nullità delle donazioni tra concubini, non essendovi molto impegnato l'interesse sociale. E così della ricerca della paternità, perchè la prova non può essere fatta con sicurezza. Ma quando un risultato giusto importante, serio, può essere ottenuto con certezza, il legislatore non si preoccupa dello scandalo. Allora è un male necessario che si subisce e che bisogna affrontare » (1).

Resta l'argomento tratto dall'articolo 340 (it. 189), che proibendo le indagini sulla paternità naturale non può venire menomato dall'azione della sedotta, che allega la esistenza della prole in giustificazione del proprio assunto. Si riescirebbe indirettamente a provare, dicesi, ciò che direttamente non è possibile. Ma l'argomento è condannato e da parecchio tempo. Le disposizioni proibitive debbono venire applicate in maniera restrittiva, e l'azione anzidetta contempla l'azione di ricerca della paternità naturale; ma

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

altro è questa ricerca, altro è l'azione di risarcimento che esercita la donna. Le due azioni, osserva Demolombe (1), differiscono sotto il doppio rapporto: *a*) delle persone che vi figurano; nella prima il figliuolo solamente senza la donna, nella seconda la donna senza il figliuolo; *b*) degli interessi che vengono in contrasto, la prima non concernendo che lo stato del figlio, mentre la seconda è affatto indipendente dallo stato del figlio, non riguardando se non i danni-interessi della donna (2). Orbene, tutte le decisioni delle nostre Corti sonosi occupate dell'argomento predetto e lo hanno ritenuto di nessun valore.

26. Il principio dell'obbligo del risarcimento in favore della donna sedotta va applicato però con quelle cautele che nol facciano degenerare in una turpe speculazione. È stato giudicato quindi che non competa l'azione per danno morale quando l'originaria relazione tra l'uomo e la donna abbia avuto carattere adulterino (3). E non ne dubitiamo, purchè la donna fosse stata in mala fede, cioè avesse saputo che l'uomo era coniugato; altrimenti sarebbe ingiusto negarle l'azione. La quale fu negata quando risultò dalle prove che il volere era stato reciproco e reciproca la colpa (4); e fu giudicato che, malgrado la relazione abbia avuto carattere continuativo, bisogna por mente all'epoca in cui la caduta abbia avuto luogo, se cioè allora abbiano avuto luogo le manovre ed i raggiri (5).

27. *Quid* se il matrimonio non possa aver luogo per causa non imputabile al seduttore?

La Corte d'appello torinese ammise sempre l'azione di risarcimento quantunque il matrimonio non avesse potuto aver luogo perchè non ottenuta la dispensa dall'impedimento per ragione di parentela (6). E veramente il seduttore doveva

(1) Loc. cit.
(2) Conf. Sourdat, loc. cit.
(3) Torino, 28 dic. 1889 (*Giur. It.*. 1890, 316).
(4) Aquila, 1° aprile 1892 (*F. Abruzz.*. VI, 148).
(5) Roma, 18 luglio 1891 (*T. Rom.*. 1892, 73).
(6) Decis. 29 giugno 1900 (*Filang.*. 1900, 773).

Digitized by Google

pensare che la dispensa è facoltativa, e che non ottenutasi lascia intatta la di lui responsabilità.

Ma se la minorenne sedotta, divenuta poscia maggiorenne, tenga condotta immorale, è giustificata la condotta del seduttore che non voglia sposarla? Secondo la Cassazione fiorentina non vien meno l'azione di risarcimento (1). La decisione è importante, e siamo costretti di riferirne le motivazioni. « La sentenza, dopo di avere ritenuto che le ripetute promesse di matrimonio fatte dal C. alla minorenne B. costituivano seduzione, riformò la sentenza del tribunale di Padova ed assolvè dai reclamati danni il C., confondendo il quasi delitto, l'insidia diretta ad ottenere la sensuale soddisfazione coll'inadempimento delle fatte promesse, le quali erano di per sè state causa di danno, a differenza della seduzione adoperata come mezzo per ottenere anticipatamente favori e fare arrendere alle proprie voglie una minore di età, fino a quel tempo ed a quel fatto di onesta ed irreprensibile condotta. Di questo atto dannoso ed ingiurioso chiedevasi la civile riparazione in base all'articolo 1151 del Codice civile, applicata in casi simili senza avere riguardo alla posteriore condotta e rettitudine di costumi della sedotta, la cui successiva immoralità potrebbe essere una conseguenza della patita *seduzione;* e solo quando la donna era maggiore di età e le promesse di matrimonio non apparivano ripetute e serie da lasciare dubitare che avesse prima voluto e poi disvoluto, non venne accolta l'azione di danno, perchè *volenti et consentienti nulla fit injuria.* Ma provata la seduzione, i danni sono irreparabili e risarcibili a senso dell'art. 1151, indipendentemente dagli atti posteriori e dalla licenziosa condotta e vita a cui si possa essere abbandonata la minore fatta maggiore; la quale condotta se può valere a giustificare il rifiuto di osservare la promessa di matrimonio ed evitare i danni diretti dell'inadempimento dell'obbligazione, non può escludere quelli dipendenti dal delitto o quasi delitto, reclamati coll'azione aquiliana e non coll'azione *ex contractu*, il cui

(1) Decis. 30 luglio 1899 (*F. It.*, 1900, 1, 199).

Digitized by Google

inadempimento non costituisce delitto, nè quasi delitto. Soltanto in via di eccezione la legge considera inadempimento un quasi delitto, cioè quando deriva dal dolo del debitore o promettente, ed in questa ipotesi l'articolo 1221 attribuisce anche i danni indiretti come il 1151. Però, provati i praticati artifizi e raggiri e stabilita una vera e propria seduzione per mezzo delle promesse di matrimonio, l'azione spettante è quella esercitata e ritenuta dalla sentenza, cioè quella *ex delicto,* che la sentenza stessa contraddicendosi ha confuso poi con quella di inadempimento, per cui deve essere annullata ».

28. Il ragionamento della Corte potrebbe accettarsi nella ipotesi in cui la promessa di matrimonio non fosse stata regolarmente adempiuta e l'inadempimento abbia fatto sì che la sedotta siasi abbandonata a facili costumi. E pare che nella specie si possa dal linguaggio della decisione argomentare che il seduttore abbia tentennato a sposare la sedotta. Che se ciò non abbia avuto luogo, resta una seduzione con promessa di matrimonio. Non si comprende la distinzione che vorrebbe fare quel supremo collegio tra l'insidia tendente ad ottenere la sensuale soddisfazione coll'inadempimento delle fatte promesse e la seduzione adoperata come mezzo per ottenere anticipati favori e fare arrendere alle proprie voglie una minorenne di onesta condotta. Da qualunque aspetto si consideri il fatto è sempre lo stesso, come la Corte ne conviene: *vera e propria seduzione per mezzo della promessa di matrimonio.* E se così è, tranne il caso in cui per l'inadempimento del seduttore la condotta della sedotta sia divenuta immorale, tranne di questo caso (che anche nella decisione figura come ipotetico), l'azione di risarcimento su quale base poggerebbe? *Consentienti non fit injuria.* Non concorrendo gli elementi del reato, la sola seduzione con promessa di matrimonio apre l'adito al risarcimento; ma se non può imputarsi a colpa del seduttore il mancato matrimonio, atteso il mutamento di condotta della donna, l'azione di risarcimento non ha sostrato giuridico. La Corte si aggira in un circolo vizioso quando dice che, provata la seduzione, i danni siano irreparabili e risarcibili

Digitized by Google

giusta l'articolo 1151, indipendentemente dalla vita posteriore della minorenne divenuta maggiorenne; dunque sono risarcibili perchè fuvvi la seduzione, senza la quale nol sarebbero stati. Dunque l'uomo è responsabile non perchè abbia abusato della minorenne, ma perchè fu seduttore, avendo promesso di sposarla. Ora, se per fatto a lui non imputabile sia giustificato nel non volerla sposare, come può essere tenuto a rispondere di danno, del quale non avrebbe risposto senza la fatta promessa di matrimonio, perchè non si risponde di danno verso donna consenziente?

29. Può trarsi argomento dai principii che sono stati applicati in materia d'inadempimento alla promessa di matrimonio regolarmente fatta. Pothier accoglie la soluzione data dal diritto canonico nell'ipotesi in cui, dopo gli sponsali, *une des parties peut prouver que l'autre a commis fornication* (1). Laurent approva questa soluzione (2), già accolta da una decisione 20 marzo 1813 della Cassazione francese; e parci che l'analogia sia perfetta. Pothier chiarisce il principio a questo modo: « Quando una fidanzata abbia mancato alla sua fede commettendo fornicazione con un altro uomo, se io rifiuto di sposarla e pel difetto di prova del motivo di inadempimento sia stato condannato verso di essa ai danni-interessi, nel foro della coscienza essa è obbligata a restituirmi la somma che abbia ricevuto pei detti danni-interessi; imperocchè io sia stato condannato per non avere potuto provare la fede tradita; ma il mio inadempimento avendo luogo per tale circostanza, nulla io le debbo nel foro della mia coscienza » (3).

Ma l'analogia non potrebbe invocarsi nell'ipotesi in cui circostanze siano sopraggiunte, che se avessero potuto prevedersi non avrebbero fatto addivenire alla promessa di matrimonio. Pothier ricorda i casi indicati nel capitolo *quemadmodum*, 25 extr. *de jure jur.*, cioè se la fidanzata fosse divenuta lebbrosa, paralitica, o che abbia perduto gli occhi

(1) *Trattato del matrimonio*, n. 59.
(2) Op. cit., II, n. 309.
(3) Loc. cit.

Digitized by Google

o il naso; ed aggiunge che lo stesso deve dirsi per le altre malattie, come pure quando fosse stata condannata a pene infamanti, ovvero fosse stata rapita (1). In questi casi parci che non sia da ascriversi a colpa del seduttore se neghisi di sposare la sedotta; non così per mutate condizioni economiche della famiglia di costei, ovvero perchè non le venga assegnata una conveniente dote od una dote qualsiasi, perche se ciò può ammettersi nell'ordinaria promessa di matrimonio, *quasi ex defectu conditionis* (2), non può ammettersi nei casi di seduzione, ripugnandovi ogni principio di morale e di giustizia.

30. Ma il seduttore potrà essere scusato da ragioni a lui personali?

Sempre in tema di regolare promessa di matrimonio, Pothier insegna che l'essere affetto da talune malattie sia un motivo legittimo pel promittente di negarsi a celebrare il matrimonio (3); ed anche su questo punto crediamo potersi invocare l'analogia. Non però nel caso in cui un rovescio di fortuna metta il promittente in condizione di non potere affrontare i pesi del matrimonio. E se Pothier eguaglia questo accidente all'altro della malattia, trattandosi di seduzione ciò non sarebbe ammessibile, come nol sarebbe la mutata condizione civile ed economica del seduttore. E noi, senza andar oltre a contemplare ipotesi più o meno recondite, chè a ragione assumeremmo la veste del casista, diciamo che l'autorità giudiziaria ha un compito, nella materia della quale ci occupiamo, assai delicato, perchè dovrà apprezzare le singole circostanze per le quali la promessa di matrimonio non possa effettivamente essere eseguita. Dovrà in ogni singolo caso scrupolosamente indagare se ed in che misura la volontà del seduttore abbia potuto influire sull'accidente che non faccia realizzare il matrimonio; ben inteso però che l'impossibilità derivante dalla sedotta o dal seduttore può fare attenuare l'obbligo del

(1) Op. cit., n 60.
(2) Pothier, loc. cit.
(3) Op. cit., n. 61.

Digitized by Google

risarcimento, escluderlo non mai. Siamo in tema di delitto o di quasi delitto, e al di fuori dell'eccezione fondata sulla vita immorale della sedotta senza che abbia avuto colpa il seduttore, al di fuori di questa eccezione, lo ripetiamo, il seduttore non può rimanere esonerato da qualsiasi responsabilità. Ed il magistrato, col suo sovrano apprezzamento, graduerà siffatta responsabilità in maniera che l'equità, più che la stretta giustizia, trionfi; tanto più se la prole innocente debba risentire le tristi conseguenze della colpa dei genitori.

31. *Quid* se dopo celebrato il matrimonio religioso il fidanzato si neghi di celebrare quello civile?

La Corte di Venezia (1) ha ammesso il risarcimento del danno morale in favore della donna, e crediamo che abbia bene giudicato. Non siamo in tema di seduzione, quantunque la celebrazione del matrimonio religioso possa essere talvolta un mezzo di seduzione. Ma anche se così non fosse stato, è lecito profittare della buona fede della donna, della fiducia che ella ripose nel suo fidanzato per ritorcerla in danno di lei? Anche senza di avere usato delle lusinghe sulla celebrazione del matrimonio civile, la realizzazione di un tal fatto appare sempre alla donna una conseguenza necessaria, ed il non realizzarlo suona tradimento, lesione della più legittima delle aspettative. Non rimane come una concubina abbandonata? Ciò basta a giustificare il diritto al risarcimento del danno morale.

Che se poi l'uomo potrà dimostrare in maniera non dubbia che egli sia addivenuto al solo matrimonio religioso perchè tale sia stato l'accordo, in tal caso è da applicarsi la regola *consentienti non fit injuria.*

32. Nessun dubbio che trattandosi di ratto violento siavi luogo a risarcimento di danno morale; anzi è stato con ragione giudicato che l'obbligo del risarcimento esista sempre, quand'anche incontaminata fosse rimasta la integrità personale della rapita (2).

(1) Decis. 30 dic. 1887 (*Legge*, 1888, 1, 489).
(2) Cass. Palermo, 2 sett. 1884 (*Giur. It.*, 1885, 26).

Digitized by Google

33. Se il matrimonio sia annullato a causa di violenza di consenso della sposa, può lo sposo reclamare il risarcimento per danni morali?

Ha risposto negativamente la Corte di Catania con decisione 17 febbraio 1882 (1). Essa riconosce che l'ampia locuzione dell'articolo 1151 del Codice civile abbraccia ogni sorta di danno, materiale o morale che sia; ma nella specie essa dice *facti potius est quaestio.* Quali sarebbero i danni morali? Furono menomati l'onore, la stima del barone *Q?* « Se si consideri che il matrimonio fu annullato per causa della violenza fatta dai genitori alla signora *C. P.*, precisamente perchè credevano una buona ventura per lei lo sposarsi ad un uomo ricco, nobile e stimato; che la figliuola contrastava a queste nozze non per motivo attinente alla persona del *Q*, ma per essere fortemente invaghita di altri, in tutto questo non si scorge nulla che possa offendere la reputazione dell'appellante. La società non lo ha in minor conto per trovarsi sciolta da un legame che egli credeva del tutto legittimo; ha potuto solo deplorare come il più grave, il più solenne dei contratti si faccia governare dal calcolo e contaminare dalla violenza. Ammise il diritto al risarcimento dei danni materiali, non però alla stregua dell'articolo 54 Codice civile, che deve andar limitato all'ipotesi ivi contemplata, sibbene all'entità dei medesimi ».

L'avv. Millelire, annotatore della decisione predetta, non crede potersi in maniera assoluta accettare il principio ritenuto dalla Corte di Catania. È vero che il motivo il quale aveva dato luogo all'annullamento del matrimonio non intaccava per nulla l'onore del marito, ma questi per colpa dei parenti della moglie « si era trovato costretto ad una lite, la quale, se non menomava la sua reputazione, non era però certo lusinghiera per lui, e lo metteva in una condizione poco piacevole, senza contare la pubblicità che accompagna sempre le liti di questa fatta e che è anche un motivo di dispiaceri e di noie non poche per chi deve subirle ». Il marito, osserva ancora l'annotatore predetto, rimane legato dal matrimonio religioso, che per un cattolico quale egli era

(1) *F. It.*, 1882, 1, 544.

Digitized by Google

è indissolubile, salvo a provocare un altro giudizio di esito incerto; il che avrebbe legittimato la domanda di risarcimento di danni morali. Ciò facendo la Corte avrebbe anche inflitto un meritato castigo a chi per mire di interesse non si era fatto scrupolo di esercitare riprovevoli pressioni sulla libera volontà altrui e in un atto che è senza dubbio il più importante della vita civile, da cui dipende la pace, la moralità, l'avvenire della famiglia ».

34. Le osservazioni dell'annotatore della decisione della Corte catanese meritano di essere tenute in considerazione perchè rivelano che egli abbia un concetto piuttosto adeguato del danno morale, il quale non consiste soltanto nella menomazione della stima e dell'onore, ma si estende ancora oltre. Orbene, un uomo si decide a contrar matrimonio ignorando che la giovane alla quale consacra ogni suo affetto e che deve essergli compagna di tutta la sua vita, sia una povera vittima del modo di vedere più o meno ingordo dei genitori. Indi a poco subisce una delusione per lui terribile; lo si trascina innanti il tribunale, certo dopo le più dolorose scene intime, ed infine gli si legge la sentenza che risolve il vincolo coniugale... Oh! che importa se l'onore, la stima ne saranno rimasti illesi? Altri sentimenti sono stati vulnerati, e che nessun legislatore, come nessun giudice potrà riconoscere; vi è un danno morale che non può confondersi con nessun altro, e che al pari di ogni altro debb'essere risarcito da chi vi abbia dato origine. Ed il genitore che abbia violentato il consenso della sua figliuola, non potrà allegare, per esimersi dal risarcimento, di aver creduto una buona ventura per la medesima di sposarla ad un uomo *ricco, nobile e stimato.* Ciò non vale a scusare i genitori, perchè pur concorrendo tali qualità in un uomo, può non attrarre la simpatia di una giovane per sposarlo. Obbligarla a sposarlo è un fatto illecito, condannato dalla morale, dalla religione, dalla legge positiva; e dal momento che il fatto illecito ripercuote le sue conseguenze moralmente dannose contro colui che, senza sua colpa, vede risoluto il vincolo coniugale, nessun dubbio che il danno debb'essere risarcito.

Digitized by Google

35. *Quid* se il matrimonio venga risoluto per causa di impotenza di un coniuge? Avrà l'altro coniuge azione di risarcimento per danno morale?

La soluzione non può dipendere se non dalla buona o mala fede del coniuge, cioè dalla colpa che gli si possa attribuire dall'aver contratto matrimonio pur sapendo la condizione fisica nella quale trovavasi, e ciò tanto pel danno materiale che per quello morale (1).

36. L'occultamento di gravidanza, che è motivo di separazione personale, può dar luogo a risarcimento di danno morale verso il marito?

È un'offesa alla buona fede di lui, disse la Corte di Brescia, ed a ciò si aggiunge il dolore di trovarsi solo, senza famiglia, nè possibilità di costituirne una legittimamente (2). E, senza dubbio, ciò sarebbe bastato a giustificare il diritto al risarcimento del danno morale. Ma talvolta, come altrove abbiamo fatto notare, le Corti credono di dover discutere sull'indole di tale danno; e quella di Brescia anch'essa afferma che « alle sofferenze morali, come il dolore, le inquietudini dell'animo, il timore, le ambasce e via dicendo, anche il danaro è, non rare volte, un efficace compenso; e nella stessa maniera che col danaro si acquistano i comodi ed i piaceri, così gli incomodi, i dispiaceri e in genere le sofferenze morali possono trovare un soddisfacimento nel danaro ». Non sarebbe più dignitoso di tralasciare siffatte motivazioni, che spesso destano il riso o la pietà, e limitarsi a dire che anche pel danno morale il legislatore non trova altro mezzo di risarcimento se non quello pecuniario?

37. Può ammettersi un danno morale che tragga origine da colpa contrattuale?

La negativa è ritenuta dal Chironi (3) e dal Gabba (4). Il pregiudizio derivante dall'inadempimento dell'obbligazione

(1) Catanzaro, 16 ott. 1873 (*Giur. Tor.*. 1873, 176).
(2) Decis. 19 maggio 1890 (*F. It.*. 1890, 1, 1024).
(3) *Colpa contr.*, n. 251.
(4) V. *F. It.*. 1896.

Digitized by Google

non può consistere che nella diminuzione del patrimonio, d'onde la necessità dell'estimazione pecuniaria, che mal si adatta a beni costituenti ciò che figuratamente si chiama patrimonio morale della persona. « Si aggiunga poi, al dire del Chironi, che nella colpa contrattuale, dedotta come è nel rapporto una data prestazione, il danno si riferisce di necessità alla relazione tra questa prestazione ed il patrimonio del creditore, nè si può quindi includervi la figura del danno morale: e se in quistioni di colpa nella formazione del rapporto obbligatorio (come avverrebbe quando un contraente impugnasse a torto di dolo l'altro) può sorgere la responsabilità per offesa all'onore, alla reputazione, l'estimabilità si misura dagli effetti che il patrimonio dell'offeso (credito) ne avesse eventualmente ricevuto » (1). Ed allega come esempio l'inadempimento alla promessa di matrimonio, per cui la legge limita il risarcimento alle sole spese per tale motivo. Gabba poi trae argomento dall'essere limitati i danni, in materia contrattuale, a ciò che è conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento.

38. Questa dottrina, quantunque seguìta da taluni giudicati (2), è stata contraddetta dal Minozzi. Se l'inadempimento di un rapporto obbligatorio, osserva il predetto scrittore, è capace di produrre direttamente una di quelle conseguenze che danno vita al danno morale, perchè non dovrebbe ammettersene il risarcimento sol perchè la prestazione era dovuta per contratto? L'esservi una colpa contrattuale ed una colpa extracontrattuale non esclude che entrambe le specie di colpa creino una responsabilità giuridica, così, contrattuali o extracontrattuali che siano i danni morali, debbono dar luogo a risarcimento. È il danno come tale che costituisce il diritto al risarcimento; la sua provenienza non può mutare il principio (3).

Tutto ciò non eeslude l'obbiezione desunta dagli articoli 1228 e 1229 del Codice civile. Come mai comprendere

(1) *Colpa contr.*, n. 251.
(2) V. Minozzi, loc. cit., § 12.
(3) Loc. cit.

Digitized by Google

nella dizione dell'articolo 1228 anche i danni morali quando le predette disposizioni limitano il risarcimento dei danni a quelli preveduti o prevedibili al tempo del contratto ed a tutto ciò che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'obbligazione? Da tali disposizioni, secondo l'egregio scrittore, non riesce legittima e chiara la conseguenza che una intiera specie di danni debba essere esclusa dal risarcimento. « La legge altro non vuole in tema di danni contrattuali se non che si rispetti la volontà presunta o dichiarata fra le parti, e che nel caso di dolo vi sia un rapporto diretto ed immediato fra l'effetto valutabile e l'inadempimento stesso » (1). Ma non crediamo potersi parimenti affermare che « ciò non esclude che fra i danni compresi in questi limiti possa esservi il danno morale, il quale può ben essere prevedibile o previsto dalle parti e rappresentare una conseguenza immediata e diretta dell'obbligazione ». Ciò non è per nulla esatto, perchè non è a presumersi che al tempo del contratto le parti abbiano voluto riferirsi ad un danno tutt'altro che patrimoniale, considerato come conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento della obbligazione. E ciò è tanto vero che l'autore stesso è costretto a sostenere che il danno non patrimoniale non possa considerarsi sempre come conseguenza mediata ed indiretta e che l'equivoco nasca « dal ritenere che il contenuto di una obbligazione debba essere sempre pecuniario, e che non sia possibile immaginare che dal fatto dell'inadempimento di una prestazione economica possa nascere, come conseguenza immediata e diretta qualche cosa che non colpisce il patrimonio ». Questo concetto, egli dice, è erroneo perchè parte dall'erroneo presupposto che il contenuto della obbligazione debba essere esclusivamente economico. « Il concetto dell'interesse si collega col crescere dei bisogni, con la civiltà, in modo che non solo gli interessi economici possono essere oggetto di un rapporto obbligatorio, ma qualunque altra specie di interessi, siano pure ideali. Non è il solo patrimonio il bene che si tiene di mira nell'obbligarsi; vi sono molti altri beni e bisogni che si presentano

(1) Loc. cit., § 13.

Digitized by Google

nella vita e che formano l'oggetto di beni contrattuali. L'inadempimento di uno di questi rapporti può benissimo dar luogo al danno morale, producendo la mancanza di uno svago, il patema dell'animo, il turbamento della quiete » (1).

In tutte queste considerazioni però si perde di vista che in materia di obbligazione tutto ciò che si riferisce ad interesse di natura morale non può essere che una conseguenza mediata, ma non può nè costituire l'obbietto della obbligazione, nè una conseguenza immediata dell'obbligazione medesima. Ed a questo principio sono ispirate le disposizioni del Codice civile, le quali limitano il risarcimento del danno a ciò che al tempo del contratto era previsto o prevedibile, ed alle conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento. Ora lo svago, la quiete dell'animo possono essere lo scopo finale per cui si addiviene ad una convenzione; possono essere il motivo più o meno recondito, ma non può affermarsi che possano costituire *oggetto di rapporti contrattuali*, e per cui possiamo imprometterci un risarcimento nel caso di inadempimento.

39. Adunque l'inadempimento delle assunte obbligazioni non può dar luogo a colpa aquiliana, ma a colpa contrattuale soltanto; solo in occasione dell'esecuzione di contratto può verificarsi danno per colpa aquiliana. Il creditore che fa procedere a pignoramenti contro il debitore può essere responsabile di danno morale per il perturbamento d'animo che produce al debitore, per lo sfregio che ne risente la reputazione di questo. Un caso tipico di colpa extracontrattuale nell'esecuzione di contratto ci presenta la specie decisa dalla Suprema Corte torinese 29 agosto 1900 (2). Nell'avena che taluno erasi obbligato di fornire trovavansi mescolati semi velenosi di ricino, che produssero la morte degli animali ai quali l'avena fu somministrata.

---

(1) Loc. cit., § 14.
(2) *La Giur.*, 1900, 1300.

Digitized by Google

40. L'impugnazione per simulazione o frode può dare luogo a risarcimento di danno morale nel caso in cui la impugnazione venga respinta?

Ha risposto affermativamente e con ragione la suprema Corte romana con una magistrale decisione 9 aprile 1883 (1). All'accusa lanciata dal Banco di Napoli contro P. *di avere tenuto mano ad un fatto immorale*, vi si aggiunse, come ritenne la Corte di merito, *la violenza della forma e del concetto*, riscontrandosi nel libello dei tratti *che vanno fino alla contumelia, poggiandosi sopra fatti ingiuriosamente supposti e che nessun riscontro avevano nemmeno sulle preliminari informazioni richieste dal Banco.* Il supremo collegio accolse il principio ritenuto dalla Corte di merito, cioè che l'attore avesse agito con *imprudenza* e *leggerezza*, d'onde l'offesa all'onore ed alla riputazione dell'avversario e la conseguenza del risarcimento del danno morale. « La colpa, così il supremo collegio, sta qui nell'abuso del diritto, che equivale al *non jure factum*, nella mancata ragione della lite, *si ratio litigandi non fuit* (leg. 78 Dig., § 2°, *de legat.*, 2) e nella ingiustificabile violenza del modo tenuto nell'esperimento di una sognata, come disse la Corte, azione di simulazione e frode. Se le leggi romane concedevano l'azione della ingiuria contro chi ad *tribunal interpellavit vexandi causa;* contro coloro che non accettavano *judicio sistendi causa* una persona *pro rei qualitate evidentissimi locupletam*, o nel dubbio rifiutavano un fideiussore approvato *(vel si dubitetur ad probatum fideiussorem);* contro il creditore che sapendo pronto il debitore a pagare si era diretto ai fideiussori; contro chi *non debitorem quasi debitorem appellavit;* o infine contro i creditori dell'eredità che per costringere l'erede a dare cauzione lo dicevano sospetto, perchè *inopia laborantem*, e non riuscivano a provarlo (leg. 13, § 3°, 19, 15, § 33 Dig., *de injur.*, leg. 51, § 1° Dig., *qui satisdat. cogant.;* leg. 31, § 5° Dig., *de reb. auct. jud. poss.*), per parità di ragione dovremo ritenere *injuria* o *non jure* una lite colla quale si è attaccato l'onore di un cittadino, quando pel risultato che ebbe o pel modo come fu condotta si vede chiaro che

(1) *F. It.*, 1883, 1, 587.

Digitized by Google

l'attacco fu l'effetto della leggerezza e dell'imprudenza. La fama dell'uomo onesto è una proprietà sacra, e la legge deve tutelarla anche da offese che provengano da una colpa ».

41. La colpa aquiliana dunque può dare luogo anch'essa a risarcimento di danno morale, perchè anche dai fatti colposi possiamo risentire patemi d'animo, dispiaceri, ecc. (1); e con ragione si è ammesso il danno morale negli infortunii del lavoro e nel danneggiamento sofferto dai viaggiatori nei trasporti (2). Possono le sofferenze aver luogo a causa di percosse e ferite; sofferenze fisiche, come morali (3). Però non è necessario che l'offesa morale si ripercuota sulla persona fisica, come talvolta è stato giudicato (4), potendo il danno morale sussistere indipendentemente da quello economico o patrimoniale. Senza dubbio, il primo si ripercuote sul secondo, perchè dall'offesa all'onore, dal discredito molte angustie, ristrettezze, danneggiamento economico possono derivare (5); ma, lo ripetiamo, può il danno morale sussistere da sè, come nel caso di un impiegato vittima di calunnia e che abbia subìti dolori e patemi d'animo per timore di destituzione (6). Si è quistionato talvolta innanti i tribunali se possa ammettersi danno morale senza danno patrimoniale. Ma poichè fra i beni morali dell'uomo, così la Cassazione romana, primeggia il buon nome, il falso giudizio, che per colpa altrui si diffonda anche temporaneamente nel pubblico intorno alla nostra reputazione, è tal fatto che, indipendentemente dalla perdita di beni mate-

---

(1) Minozzi, op. cit., p. VII, cap. I, § 8; Cassaz. Torino, 31 dic. 1889 (*Giur.*, 1890, 387); Milano, 30 dic. 1893 (*Giur. It.*, 1894, 344); Cassaz. Napoli, 1° agosto 1895 (*Gazz. Proc.*, 1895, 244); Palermo, 30 dic. 1904 (*F. Sic.*, 1905, 84); Cass. Firenze, 26 febbr. 1905 (*Filang.*, 1905, 450).

(2) Venezia, 18 sett. 1883 (*Giur. It.*, 1884, 17); Catania, 1° febbr. 1901 (*Giur. Cat.*, 1901, 33).

(3) Venezia, 2 giugno 1893 (*Legge*, 1893, 2, 774). *Contra:* Trani, 3 aprile 1879 (*Riv. Trani*, 1879, 330).

(4) Cass. Napoli, 19 agosto 1903 (*Giur. It.*, 1903, 1166).

(5) Catania, 2 aprile 1900 (*Giur. Cat.*, 1900, 48).

(6) Casale, 19 genn. 1900 (*Ann.*, 1900, 84).

Digitized by Google

riali, ci può recar pregiudizio in molte e varie maniere, sia nelle relazioni di famiglia, sia in quelle di cittadino. Era per questo che il pretore stimava più o meno il danno pecuniario prodotto coll'ingiuria, secondo le condizioni dell'offeso: *nam secundum dignitatis vitaeque honestatem crescit aut minuitur extimatio injuriae* (Inst., *de injur.*, § 7) (1).

42. Il danno morale non può essere risentito ordinariamente che dalle persone fisiche, non mai da quelle giuridiche. Così può essere risentito dagli amministratori di un Comune, ma non dall'ente comune (2). Lo stesso non può dirsi per gli istituti di credito, per le Società commerciali, potendo soggiacere al discredito per fatti dolosi o colposi in loro danno commessi. Per esempio, una Banca la quale abbia somme disponibili per l'estinzione dell'effetto cambiario di un'altra Banca, e ciò malgrado lo faccia protestare, è responsabile pel danno cagionato dal discredito (3).

43. L'azione di risarcimento per danno morale è trasmessibile agli eredi?

La dottrina è quasi unanime nel ritenere che nol sia allorquando non fosse stata già intentata (4), e volentieri aderiamo a tale principio. L'opinione contraria del Giorgi (5) è con ragione criticata dal Minozzi. « Nella espressione della volontà dell'offeso, ben dice questo scrittore, è a vedersi l'unico carattere, perchè un'azione eminentemente personale diventi un diritto patrimoniale trasmessibile in tutti i modi.

---

(1) Decis. 9 aprile 1883 (*F. It.*, 1883, 1, 583); Conf. Milano, 19 sett. 1881 (*Monitore Trib.*, 1881, 1001). Taluni Codici odierni hanno limitato il risarcimento al caso in cui l'offesa all'onore, al credito produca danno materiale; esempi il Cod. del Chilì, art. 2331, del Guatemala, art. 2287, della Repubblica Argentina, art. 1089.

(2) Aquila, 23 ott. 1888 (*F. Abruzz.*, 1889, 21).

(3) Genova, 9 aprile 1892 (*T. Gen.*, 1892, 342).

(4) Rauter, op. cit., n. 686; Faustin-Hélie, op. cit., II, p. 353 e segg.; Larombière, op. cit., sull'art. 1382, n. 46; Aubry e Rau, op. cit., § 445.

(5) Op. cit., V, n. 190. Questo scrittore chiama l'opinione generalmente accolta un'*antiquata reminiscenza del principio romano riguardante le azioni* vindictam spirantes.

Digitized by Google

Solo così ci sembra non resti tradita la funzione personale e soddisfattoria del risarcimento del danno non patrimoniale, in quei casi in cui chi agisce e riceve l'indennità non è l'individuo direttamente offeso. In questo caso l'offeso se non ha ricevuto direttamente l'indennità soddisfattoria, ha però ricevuto la soddisfazione di poter compiere quegli atti di liberalità che l'animo suo gli suggerì, ed anche in tale maniera lo scopo del risarcimento del danno non patrimoniale può dirsi pienamente raggiunto » (1).

44. Sul punto però di sapere se i creditori possano esercitare l'azione di risarcimento per danno morale non sperimentato dal loro debitore, la negativa può dirsi costituisca *jus receptum,* trattandosi di un diritto eminentemente personale (2). Secondo Chironi, l'azione pel risarcimento del danno morale avendo carattere penale-civile, può essere esercitata dai creditori in quanto essenzialmente sia trasmessibile (3). Noi crediamo che in nessun caso i creditori possano esercitare la menzionata azione, nemmeno in quello in cui il danneggiato l'avesse istituita; e ciò perchè, tenendo conto dell'indole dell'azione, egli debb'essere libero di continuare la procedura, ovvero di recedere dalla lite o di farla cadere in perenzione, espressamente o tacitamente perdonando il suo offensore.

45. Ma dall'essere la detta azione eminentemente personale, segue che non possa sperimentarsi contro gli eredi dell'offensore?

L'affermativa è sostenuta dal Chironi (4), pel riflesso che il risarcimento del danno morale sia una pena civile. Non

---

(1) Op. cit., § 22.

(2) Legraverand, op. cit., n. 51 e segg.; Demolombe, op. cit., n. 77 e segg.; Sourdat, n. 73; Aubry e Rau, § 445 e 751; Baudry-Lacantinerie, *Oblig.*, n. 592 e segg.; Larombière, sull'articolo 1382, n. 46; Duranton, X, n. 557; Giorgi, V, n. 190; Minozzi, op. cit., p. VII, capitolo II, § 16.

(3) *Colpa extr.*, n. 497.

(4) *Colpa extr.*, n. 499.

Digitized by Google

ammesso questo principio vien meno la conseguenza, ed è a ritenersi che l'azione predetta possa esercitarsi contro gli eredi dell'offensore.

46. La valutazione del danno morale non può essere fatta, come abbiamo veduto, con lo stesso criterio col quale ha luogo pèl danno patrimoniale, cioè del lucro cessante e del danno emergente, colla prova concreta del danno effettivo e con apposita motivazione del giudice. Checchè se ne sia detto in contrario per negare la risarcibilità del danno morale, al principio proclamato dalla giurisprudenza per cui l'entità del danno morale va apprezzata dal giudice *arbitratu boni viri*, facciamo pieno omaggio (1). Ed accettiamo la opinione del Minozzi (2), cioè che debba essere esclusa l'ammessibilità del giuramento estimatorio (art. 1377 Codice civile), perchè esso darebbe luogo, nella maggior parte dei casi, a molti inconvenienti ed a nessuna utilità.

47. E per ciò stesso non è necessario che venga fornita alcuna prova specifica del danno morale patito (3), e l'apprezzamento è incensurabile in Cassazione, come è stato dalla giurisprudenza ritenuto (4).

---

(1) Conf. Cass. Palermo, 26 marzo 1879 (*Circ. Giur.*, 1879, 198); Roma, 30 dic. 1882 (*Legge*, 1883, 2, 531); Genova, 14 dic. 1889 (*T. Gen.*, 1890, 21); Cass. Roma, 11 febbr. 1890 (*Giur. It.*, 1890, 169); Trani, 26 giugno 1894 (*Riv. Trani*, 1894, 241); Genova, 15 nov. 1895 (*T. Gen.*, 1896, 76); Trani, 25 maggio 1896 (*Riv. Trani*, 1896, 595); Roma, 18 nov. 1895 (*T. Rom.*, 1896, 75); Cass. Roma, 6 nov. 1897 (*Giur. It.*, 1897, 1114); Genova, 1° dic. 1896 (*T. Gen.*, 1897, 87); Cass. Napoli, 18 genn. 1900 (*Giur. It.*, 1900, 522); Napoli, 20 giugno 1900 (*Mov. Giur.*, 1900, 254); Catania, 9 marzo 1900 (*Legge*, 1900, 2, 93); Venezia, 16 febbr. 1899 (*Dir. e Giur.*, 1899, 210); Firenze, 13 sett. 1905 (*Ann.*, 1905, 300); Trani, 13 febbr. 1905 (*Riv. Trani*, 1905, 619).

(2) Op. cit., p. VII, cap. III, § 26.

(3) Cass. Torino, 16 marzo 1888 (*Giur. It.*, 1888, 246); Torino, 11 dic. 1888 (*La Giur.*, 1889, 167); Torino, 11 maggio 1889 (*Giur. Ital.*, 1889, 666); Bologna, 11 ott. 1889 (*Riv. Bol.*, 1889, 309); Genova, 1° dic. 1896 (*T. Gen.*, 1897, 87); Milano, 25 maggio 1898 (*Giur. It.*, 1898, 642); Trani, 29 marzo 1901 (*Riv. Trani*, 1901, 590); 15 aprile 1901 (*Filang.*, 1901, 623); Lucca, 9 marzo 1903 (*Ann.*, 1903, 128).

(4) Ciò risulta da gran parte delle decisioni sopra citate.

Digitized by Google

48. Però, la valutazione del danno morale *arbitratu boni viri* deve necessariamente essere proporzionata alla entità dell'offesa, alle conseguenze che questa abbia recato sul danneggiato (1), tenuto conto di quella moltiplicità di circostanze che sogliono variare da persona a persona. Così, in tema di ingiurie, si tien conto dell'entità delle medesime, della qualità dell'ingiuriato e del luogo dove furono proferite (2). Per un avvocato, p. e., oltre del danno riferibile alla clientela, havvi il disprezzo, la disistima, il dolore dell'*ingiusto* oltraggio (3); per un pubblico ufficiale che venga *ingiurato* nell'esercizio o in occasione delle sue funzioni, si ha riguardo all'indole della funzione stessa (4).

E qui puossi domandare: la condizione economica di chi deve risarcire il danno morale debb'essere tenuta in conto? Non sapremmo, come pel danno patrimoniale (5), rispondere in senso assolutamente negativo (6); e crediamo che nell'apprezzamento equitativo e incensurabile del giudice debba avere qualche peso la condizione economica in cui il responsabile si trovi. L'equità non permetterebbe che per risarcire il danno morale si riduca un uomo, e forse una famiglia, in tristi condizioni; e parci che sia non meno equo di tener conto anche della condizione economica dell'offeso (7).

49. La costituzione di parte civile può aver luogo esclusivamente per domandare il risarcimento del danno morale (8) ed anche trattandosi di reato tentato o mancato (9). E tale

(1) Bologna, 4 febbr. 1889 (*Riv. Bol.*, 1889, 38).
(2) Cass. Roma, 6 nov. 1897 (*Giur. It.*, 1897, 1114).
(3) Cass. Palermo, 4 giugno 1898 (*F. Sic.*, 1898, 486).
(4) Cass. Roma, 11 nov. 1889 (*C. S. Rom.*, 1889, 446).
(5) V. cap. IV, n. 11.
(6) Venezia, 2 giugno 1893 (*Legge*. 1893, 2, 774).
(7) Minozzi, op. cit., p. VII, cap. I, § 11, e Cassaz. Torino, 15 gennaio 1883, ivi cit.
(8) Hélie, op. cit., n. 745 e segg.; Cocito, nell'*Arch. Giur.*, XXII, 2; Giorgi, *Obblig.*, V, n. 188; Minozzi, op. cit., p. VII, cap. I, § 11.
(9) Crediamo utile riferire la seguente osservazione del Minozzi: « Le cifre riportate ci autorizzano a trarre le seguenti conclusioni: i puri danni morali sono valutati dal nostro magistrato con grande

Digitized by Google

risarcimento può essere domandato in sede civile, malgrado l'assoluzione dell'imputato (1).

50. Il diritto di risarcimento per danno morale può formare obbietto di cessione?

Accettiamo volentieri l'opinione negativa (2); ma riteniamo col Chironi (3) che se l'azione fosse stata istituita, debba ammettersi la validità della cessione.

51. L'articolo 38 del Codice penale stabilisce che oltre alla restituzione e al risarcimento dei danni, il giudice, per ogni delitto che offende l'onore della persona o della famiglia, ancorchè non abbia cagionato danno, può assegnare alla parte offesa, che ne faccia domanda, una somma determinata a titolo di riparazione. « Questa riparazione dell'offesa, scriveva Zanardelli nella relazione ministeriale, non deve confondersi col risarcimento del danno, anche se estesa a quello che suol dirsi danno morale. Non occorrono parole per mostrare come si distingua dal risarcimento del danno materiale. Ma esso va altresì nettamente distinto dal risarcimento del danno morale, derivante, ad esempio, dalla diminuzione o dalla perdita del credito, o dalla riputazione sociale prodotta da un reato, il quale offenda l'onore ed il pudore di una persona, oppure dalla mancanza di appoggio o di direzione che patisce una famiglia per l'omicidio di

---

cautela e con molta parsimonia; se in qualche caso la indennità ha raggiunto una cifra importante, ciò si deve da una parte all'aver valutato cumulativamente i danni patrimoniali ed i non patrimoniali insieme, e dall'altra, alle condizioni sociali ed economiche del danneggiato. Queste condizioni spiegano il perchè della variabilità ed incostanza nelle cifre di condanna, che variano col variare delle condizioni delle parti. Con ciò il nostro magistrato ha mostrato di avere bene interpretato e meglio applicato lo spirito della funzione soddisfattoria, che compie il danaro nella emenda del danno non patrimoniale ». Op. cit., p. VII, cap. III, § 31.

(1) Saluto, op. cit., VI, n. 1152; Crivellari, *Cod. Pen.*, III, n. 196; Minozzi, loc. cit., § 10.

(2) Larombière, art. 1382, n. 47; Aubry e Rau, § 445; Giorgi, V, n. 190.

(3) *Colpa extr.*, n. 496.

Digitized by Google

chi ne è il sostegno. Questa non è l'offesa alla cui riparazione si provvede con la predetta disposizione speciale. Il fine della riparazione non è il risarcimento di un danno diretto; è la soddisfazione dell'oltraggio patito, del risentimento prodotto dall'offesa sull'animo di chi è stato vittima o di chi è intimamente legato alla vittima, senza alcun riguardo al danno propriamente detto, che l'offesa stessa gli abbia o no recato. La riparazione dell'offesa non può avere per iscopo di risarcire un danno cui provvede l'azione civile, ma intende a rafforzare l'efficacia della repressione sproporzionata al caso, e che invece può ottenersi mercè appunto questo complemento penale ». Anche il Pessina, nella relazione senatoria, ha fatto chiaramente risaltare l'indole della sanzione dell'articolo 38, dicendo che « non si tratta di compensare onore con danaro, ma la riparazione pecuniaria è pena aggiunta, che, come *pars mulctae* viene attribuita all'offeso, non in nome dei cosidetti danni morali (che pure danno luogo, fin dove è possibile, ad una valutazione pecuniaria), bensì come soddisfazione maggiore per colui che venne oltraggiato nell'onore della sua persona o della sua famiglia ».

Le relazioni predette sarebbero state sufficienti a dare il vero concetto della disposizione dell'articolo 38 del Codice penale, e ad escludere assolutamente l'idea che si tratti di una riparazione civile, di un complemento di indennità. Il testo non confonde la somma determinabile a titolo di riparazione con quella a titolo di risarcimento di danno, perchè estende la prima anche all'ipotesi in cui danno non vi fosse stato. La ragione della legge è resa chiara da quanto leggesi nella relazione ministeriale; dunque nessun dubbio avrebbe dovuto sorgere. Eppure è sorto; la dottrina si è scissa in due opposte opinioni, essendosi da taluni (1) ritenuto trattarsi di una pena, di una multa privata, da

(1) Impallomeni, *Cod. pen. illustr.*, I, 136; Gabba, *nel F. It.*, 1896, 1, 785; Segré, nella *Riv. pen.*, XXXIV, 136; Frassati, loc. cit., *Suppl.*, IV, 270, e V, 260; Butera, nel *Foro It.*, 1902, 2, 481; Maino, *Commento al Codice pen. ital.*, lib. I, tit. III, § 148; Lucchini, in Dig. It., v. *Adult.*, pag. 282.

Digitized by Google

altri (1) un risarcimento civile; ed in questo senso si è pronunziata la suprema Corte romana (2).

52. Il dubbio è surto dall'indole stessa della disposizione, dallo scopo cui possa tendere una riparazione pecuniaria. Il danno non può essere che materiale o morale, ed ogni riparazione pecuniaria non può tendere che a riparare all'uno od all'altro; se a ciò non tenda, quale potrà essere il fine? E non trovandosi un terzo elemento di danno al quale possa corrispondere la riparazione, se ne è conchiuso che essa corrisponda sempre al danno morale. Valga per tutti l'illustre Pessina, il quale scrive: « Questa norma (art. 38) era già stabilita dal Codice penale del 1859, e il nuovo Codice l'ha trasfusa nelle sue disposizioni. Essa non è da confondersi col *rifacimento dei danni*, ma costituisce in sostanza una riparazione dell'ingiuria, cioè di quella specie di danno morale che l'offeso viene a patire col soggiacere ad un delitto che offende l'onore della sua persona o della propria famiglia » (3). Si tratta dunque « di una pena prcuniaria che può essere aggiunta dal magistrato, e che non tocca allo Stato, ma è a profitto di coloro che sono offesi dal reato stesso » (4). Così l'offensore dell'onore della persona o della famiglia può essere condannato: *a*) alla pena stabilita dal Codice penale: *b*) al risarcimento del danno materiale: *c*) al risarcimento del danno morale; *d*) alla pena pecuniaria di riparazione (art. 38 Cod. pen.).

53. Certo, per chi offenda l'onore di una persona o di una famiglia, non c'è pena che basti; ma il legislatore non deve spirgersi mai alla esagerazione, e la pena non deve

---

(1) Pessina, *Man. di dir. pen.*, p. I, § 124; Tarozzi, nella *Riv. pen.. Suppl.*, VI, 106; Suman, *Cod. pen. It. illustr.*, p. 139 e segg.; Pincherle, *Cod. pen. annot.*, art. 38; Florimo, *Dei reati e delle pene in gen.*, pag. 159, quantunque avesse prima sostenuto opinione contraria. V. *Dei reati contro l'onore* (Trattato del Cogliolo, II, p. II, pag. 1093); Minozzi, op. cit., p. V, cap. III, § 50 e segg.; Gabba, nella *Giur. It.*. 1896, 1, 2, 573.

(2) Decis. 14 febbr. 1902 (*F. It.*, 1902, 2, 481).

(3) Op. cit., p. I, § 124.

(4) Loc. cit.

Digitized by Google

mai rappresentare una vendetta. E quando la pena si rivela eccessiva, comincia la prudenza del giudice a cercare di mitigarla, sia con argomenti giuridici, come con argomenti di fatto. Ciò è avvenuto appunto dell'articolo 38 del Codice penale; e la decisione 14 febbraio 1902 della Cassazione romana ne porge l'esempio. La legge, dice il supremo Collegio, non enumera la riparazione tra le varie specie di pena indicate nel titolo II, lib. I Cod. pen.; ma la pone tra le disposizioni contenute nel titolo III dello stesso libro, che riflette gli effetti e la esecuzione delle condanne penali, insieme alla restituzione, al risarcimento dei danni, alla refusione delle spese processuali, che sono effetti e conseguenze di una pena, ossia di una condanna. Mancano inoltre in esso i principali e sostanziali requisiti di una pena: la *legalità*, perchè la pena non è nettamente determinata nei suoi confini; la *personalità*, mentre la condanna dovrebbe essere solidale per l'articolo 39 Cod. pen.; la *certezza*, perchè non possa evadersi la pena una volta applicata.

L'annotatore della sentenza predetta, avv. Butera, ha con molto acume confutati uno per uno gli argomenti della Corte suprema (1) in una pregevole monografia, ricorrendo anch'esso alla relazione ministeriale, che non lascia alcun dubbio sul carattere penale della disposizione predetta. Della quale relazione avrebbe dovuto tener conto la Cassazione romana, la quale limitossi a considerare che i precedenti storici confortano l'opinione di essa Corte « trattandosi di una vera e propria indennità quale compenso ai patimenti ed alle sofferenze dell'animo, perchè l'offensore paghi (secondo si esprime un illustre scrittore) non solamente le alterazioni del sistema visibile, ma anche le alterazioni del sistema invisibile, dei sentimenti; in altri termini, la riparazione è un complemento penale come da alcuno si è voluto definire ».

54. Ma è notevole che la stessa suprema Corte romana con decisione 27 febbraio 1893 (2) aveva ritenuto che

(1) V. *F. It.*, 1902, 2, 481.
(2) V. *C. S. Rom.*, 1893, 2, 29.

Digitized by Google

la riparazione comminata dall'articolo 38 Codice penale debba riguardarsi come una parte di pena, e che se la sentenza penale abbia assegnato una somma per danno morale, non se ne possa domandare altra nel giudizio di liquidazione.

Certamente, lo ripetiamo, quando la legge penale dice *a titolo di riparazione,* non può riferirsi che a un danno. A che cosa si riferirebbe altrimenti? Ma quando lo stesso legislatore dichiara che la sanzione si applica *oltre al risarcimento dei danni,* è giuocoforza riconoscere che a *titolo di riparazione* voglia dire a *titolo di pena, come complemento penale.* Forse apparrà eccessivo tale sistema di riparazione; ma il giudice deve applicare la legge tale quale è senza elevarsi a legislatore.

E, di conseguenza all'anzidetto, respingiamo quanto è stato ritenuto da qualche giudicato, cioè che il risarcimento del danno morale debb'essere chiesto al giudice penale che pronunziar deve sul reato e quindi sul risarcimento (1). Può sul danno morale interloquire il giudice penale, come sul danno materiale; e può rinviare in sede civile per la liquidazione (2).

55. Trattandosi di una riparazione avente carattere di pena, si ritiene con ragione che l'azione non possa essere trasmessa agli eredi mercè atto di ultima volontà (3); e che nemmeno sia possibile la trasmessibilità passiva per la stessa ragione, cessando colla persona l'obbligo della riparazione pecuniaria; e ciò tenendo anche presente l'articolo 85 del Codice penale (4).

In quanto alle persone che possono avere diritto alla riparazione di cui nell'articolo 38 Cod. pen., si osserva che all'ente *famiglia* occorre attribuire un significato ristretto, comprendendovi « il nucleo dei prossimi parenti riuniti sotto quel casato al momento che il reato è stato commesso, e che

(1) Trani, 9 agosto 1897 (*Riv. Trani,* 1897, 759).
(2) Milano, 25 agosto 1898 (*Giur. It.,* 1898, 662).
(3) Minozzi, op. cit., p. VII, cap. II, § 24.
(4) Minozzi, loc. cit.

Digitized by Google

del reato obbiettivamente considerato hanno potuto presumibilmente essere colpiti » (1). E si osserva altresì che la predetta riparazione avendo carattere penale, non possa aver luogo graduatoria fra i diversi componenti la famiglia, nè attribuzione diretta per ciascuno di essi. Unica essendo la condanna, viene ripartita egualmente fra tutti i richiedenti, mentre il risarcimento per danno morale è attribuito ai danneggiati in proporzione diversa secondo il grado di parentela e la presumibile intensità del dolore (2).

56. Il diritto di proporre querela, nell'ipotesi dell'articolo 400 del Codice penale, implica anche quello di domandare la riparazione d'ingiuria? « Che esso non includa, dice il Minozzi, anzi, che sia cosa diversa dal diritto ai danni morali, è certo, visto il carattere civile di questi ultimi, ma che poi la querela con la conseguente richiesta per l'applicazione della pena non comprenda la riparazione dell'articolo 38, che è un supplemento penale, non ci sentiamo di accettarlo » (3). Ma non si oppone ciò al principio della intrasmessibilità attiva della riparazione pecuniaria stabilita dall'art. 38 Codice penale? Minozzi risponde che nella ipotesi dell'articolo 400 Cod. pen. si agisce *jure proprio* e non per un diritto trasmesso. Ciò è contradetto da quanto scrive lo stesso autore sull'indole dell'azione suddetta (4). Se ha carattere penale, si estingue colla morte dell'offeso, e le persone indicate nell'articolo 400 Cod. pen. non possono a verun titolo esercitarla.

57. L'articolo 398 del Codice penale esclude l'azione di risarcimento di danno?

Secondo la Corte d'appello di Torino (5), la parte offesa dalla ingiuria o dalla diffamazione non avrebbe altro diritto se non quello della cancellazione delle espressioni ingiuriose o diffamatorie e di invocare i provvedimenti disciplinari

(1) Minozzi, loc. cit., § 45.
(2) Minozzi, loc. cit.
(3) Loc. cit., § 46.
(4) Op. cit., p. VII, cap. IV, § 24.
(5) Decis. 6 maggio 1898 (*Giur. It.*, 1898, 607).

Digitized by Google

contro l'autore delle medesime; ma in opposto avviso è andata la suprema Corte torinese (1), la quale ha osservato che l'articolo 38 Cod. pen. non esclude il risarcimento del danno, e quindi rimane integro l'articolo 398 che con quello dev'essere messo in relazione. « Se il concetto che l'*animus defendendi*, e non quello *injuriandi*, ha considerato la Corte, spinge agli eccessi defensionali ha consigliato l'immunità penale stabilita dall'articolo 398, il beneficio però non può estendersi anche alla irresponsabilità civile per danni quando la disposizione non lo dice, e quando anzi i provvedimenti autorizzati dallo stesso articolo, e sopratutto l'applicabilità di una pena complementare che per una espressa disposizione non è confondibile col risarcimento del danno, dimostrano che il legislatore non ha inteso di sottrarre l'autore dell'offesa anche alla responsabilità comune, che obbliga sempre colui per colpa del quale il fatto dannoso è avvenuto al risarcimento del danno. Nè occorreva che l'obbligo fosse scritto nell'articolo 398, il quale comprende solo i provvedimenti speciali per le offese in esso contemplate, mentre l'obbligo del risarcimento dei danni civili è insito per disposizione generale (art. 1151 Cod. civ.) all'azione ingiusta; e mentre, ripetesi, la pena, complemento della riparazione pecuniaria, implica necessariamente il richiamo dell'articolo 38, che la definisce e che in modo espresso mantiene, salvo il diritto al risarcimento dei danni indipendentemente da essa pena ». E noi accettiamo volentieri tale opinione.

58. Sarebbe però competente a pronunziare sul risarcimento la stessa autorità che deve pronunziare sulla controversia? Risponde anche affermativamente la Corte predetta, pel riflesso che la domanda di risarcimento, al pari di quella di cancellazione, discendono dallo assunto sottoposto alla decisione del magistrato a conoscere anche delle conseguenze inerenti a tale assunto e che ne costituivano il solo movente. E ciò tanto se la domanda di danni fosse anteriore come parte integrale della domanda di cancellazione o come accessoria (art. 99 proc. civ.).

---

(1) Decis. 6 aprile 1899 (*F. It.*, 1899, 1, 447).

Digitized by Google

Quid se il giudice non abbia ordinata la cancellazione delle espressioni ingiuriose od oltraggiose?

La Corte di appello di Firenze (1) ritenne che innanti a nessun'altra autorità si possa più sperimentare azione di risarcimento, perchè l'autorità adita esaurì la propria giurisdizione. Questa ragione non è attendibile; nel silenzio della legge, nessun ostacolo può opporsi all'azione di risarcimento.

CAPITOLO VI.

DELLA SOLIDARIETÀ PEL RISARCIMENTO DEL DANNO IMPUTABILE A PIÙ PERSONE.

1. *Solidarietà pel risarcimento del danno derivante da delitti e quasi delitti.*
2. *Requisiti necessari perchè la solidarietà possa aver luogo.*
3. *Continua.*
4. *Continua.*
5. *Può l'accusato assolto ritenersi obbligato in solido col condannato pel risarcimento del danno?*
6. *Le persone civilmente responsabili sono anch'esse obbligate in solido cogli autori del danno?*
7. *Continua.*
8. *Continua.*
9. *Responsabilità solidale dei complici dello stesso reato.*
10. Quid *se la sentenza di condanna abbia omessa la solidarietà?*
11. *Continua.*
12. *È ammessibile che la sentenza determini la quota dovuta da ciascuno dei condannati in solido?*
13. *Esercitando l'azione di regresso, i responsabili saranno tenuti a quote eguali, ovvero si dovrà tener conto del grado di responsabilità di ciascuno?*
14. *Continua.*
15. Quid *nell'ipotesi di più responsabili per quasi delitto?*
16. *Il responsabile civile non può avere azione solidale contro gli autori del reato?*
17. *Azione di regresso che possono esercitare le persone civilmente responsabili.*
18. *Per esercitare l'azione di regresso occorre di avere soddisfatto l'intiero.*

---

(1) Decis. 17 dic. 1878 (*F. It.*, 1879, 1, 237).

Digitized by Google

1. È controverso nella dottrina e nella giurisprudenza francese se nei casi di delitto civile o quasi delitto, possa, nel difetto di un testo di legge, applicarsi il principio della solidarietà stabilito dal Codice penale (art. 55), pei crimini e pei delitti (1). Invece noi abbiamo da una parte l'articolo 39 del Codice penale, che stabilisce essere i condannati per uno stesso reato obbligati in solido alle restituzioni, al risarcimento dei danni, alla riparazione pecuniaria e alle spese processuali; dall'altra, l'articolo 1156 del Codice civile dichiara che se il delitto o il quasi delitto sia imputabile a più persone, queste sono tenute in solido al risarcimento del danno cagionato. Questo sistema è il migliore di quello seguito da altri Codici (2), per cui la solidarietà ha luogo semprechè non si possa determinare tra i diversi autori del fatto illecito chi abbia commesso il danno. Vengono eliminate indagini fastidiose pel danneggiato, e che trovano la loro miglior sede quando venga spiegata l'azione di regresso.

Per tutto ciò che riferiscesi a riparazione pecuniaria, adunque, gli autori del reato, del delitto civile o del quasi delitto sono obbligati solidariamente verso il danneggiato. L'unione nell'aver commesso il fatto illecito li avvince altresì per la riparazione civile e per le spese dovute all'erario dello Stato; non però per le condanne pecuniarie, come avviene per l'articolo 55 del Codice penale francese che estende la solidarietà alle ammende (3). Tutto ciò che è condanna penale va limitato alla persona del condannato e la solidarietà non si giustificherebbe punto. Però, mentre

---

(1) Ammettono la solidarietà: MERLIN, *Quist.*, v. *Solid.*, § 11; COLMET DE SANTERRE, V, n. 135 *bis*, 3; DEMOLOMBE, VIII, n. 692 e segg.; SOURDAT, n. 473; AUBRY e RAU, § 208; LAROMBIÈRE, art. 1202, n. 22; LABBÉ, nella *Riv. crit.*, 1886, p. 456. La negano: TOULLIER, op. cit., 11, n. 161; MARCADÉ, art. 1202, § 2; DURANTON, XI, n. 194; LAURENT, XVII, n. 318 e segg.; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, II, n. 1298 e segg.

(2) *Cod. civ. germ.*, § 830; *Cod. civ. austr.*, § 1302, ed altri Codici delle repubbliche sud-americane.

(3) Art. 55. Tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit seront tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais.

Digitized by Google

la predetta disposizione del Codice penale francese stabilisce la solidarietà per le riparazioni derivanti da delitti e crimini e quindi se ne argomenta non contemplare quelle derivanti da contravvenzioni (1), l'articolo 39 del nostro Codice penale parlando di *reato*, in genere, include di conseguenza anche le contravvenzioni.

2. Presuppone la solidarietà che più persone abbiano preso parte al medesimo fatto illecito doloso, ovvero che a più persone possa essere addebitato lo stesso fatto colposo; unicità del fatto o deliberazione presa di concerto comune o concorso materiale dei varii autori. Trattandosi di risarcimento per causa di reato bisogna che la condanna penale sia stata pronunziata contro autori e complici dello stesso reato. Se trattasi di reati diversi la solidarietà non ha luogo. Così il condannato per truffa ed il condannato per ricettazione delle cose truffate non rispondono solidalmente verso il danneggiato, perchè trattasi di due reati distinti (2). Nel reato di furto, tutti coloro che vi abbiano preso parte sono responsabili in solido pel risarcimento dei danni; ma se la responsabilità penale vada estesa ancora ad altre persone per reati aventi figure diverse e come tali considerati dalla legge penale, la responsabilità civile di tali persone non va confusa con quella degli autori del furto e quindi non sono con costoro responsabili in solido (3). Di conseguenza, è regola generale che più persone essendo state condannnate per diversi reati, ciascuna di esse risponde civilmente per suo conto; e se più siano stati i querelanti, rispetto a ciascuno di essi (4).

---

(1) Non per tutte le contravvenzioni. V. Sourdat, n. 147.

(2) Cass. Roma, 7 febbr. 1899 (*Cass. Un.*, X, 756); 15 febbr. 1896 (*C. S. Rom.*, 1896, 89).

(3) Cass. Roma, 6 ott. 1883 (*F. It.*, 1883, 1, 456).

(4) Tra più danneggiati non havvi solidarietà perchè la legge non l'ha stabilita (v. Giorgi, V, n. 189); e nemmeno vi è preferenza. In qualche scrittore francese havvi reminiscenza di antico diritto colà osservato (v. Sourdat, n. 56). Dottrina e giurisprudenza presso noi negano qualsiasi preferenza a più danneggiati, anche parenti, potendosi costituire parte civile *jure proprio* (v. Giorgi, V, n. 189, e le autorità ivi citate).

Digitized by Google

3. Deriva altresì che, in tema di ingiuria, l'identica causa impulsiva, la medesimezza delle ingiurie non bastano a costituire quell'unità di reato che è necessaria per la responsabilità solidale in ordine ai danni e alle spese. Anche ammesse quelle modalità, osserva la Cassazione romana, ciascuno degli ingiurianti ha agito per conto proprio, e dal punto di vista subbiettivo i delitti sono due e non uno; la istantaneità e la natura speciale del reato di ingiuria escludono ogni concetto di correità e complicità (1). Invece l'unità di reato esiste nel caso di omicidio in rissa per tutti coloro che alla medesima abbiano preso parte. « Data la connessione di causalità tra la rissa ed il reato commesso, tutti coloro che abbiano partecipato al fatto illecito della rissa sono perciò solo causa indiretta del reato, e quindi rispondono di quella loro partecipazione con responsabilità maggiore o minore, secondo che trattasi di omicidio o lesione personale » (Relazione Zanardelli). E rispondere debbono in solido. « L'omicidio, bene osserva la Suprema Corte romana, non era un reato diverso e indipendente da quello della rissa, e data la connessione di causalità tra questa e quello, tutti coloro che abbiano partecipato al fatto illecito della rissa, sono per ciò sola causa indiretta del reato di omicidio; epperò rispondere debbono di quella loro partecipazione tanto penalmente, con responsabilità maggiore o minore, secondo che trattasi di omicidio o di lesione personale, ovvero abbiano posto le mani addosso all'ucciso od al ferito, o preso parte soltanto alla rissa, o siano stati causa determinante della stessa, quanto pel rifacimento dei danni col vincolo della solidarietà fra loro, trattandosi di uno stesso e medesimo reato, imputabile a tutti, che ha recato danno altrui e che quindi li obbliga tutti a risarcirlo solidalmente » (2).

Non basta quindi che più persone siano state coinvolte con lo stesso atto di accusa o con la stessa condanna perchè civilmente siano responsabili in solido. Se il diritto violato

(1) Decis. 15 maggio 1895 (*F. It.*, 1905, 2, 366).

(2) Decis. 26 giugno 1895 (*Cass. Un.*, VI, 1042); conf. Cass. 3 giugno 1895 (*Ibid.*, VI, 1004); 11 genn. 1897 (*F. It.*, 1897, 2, 80).

Digitized by Google

è diverso, ben dice il Chironi, sarà diversa la ragione della responsabilità; se sia identico, ma la violazione sia stata operata da più individui in tempi diversi e senza nesso che unisca le loro separate azioni nell'identico risultato, manca l'unico fatto illecito che sia commesso col concorso di varii agenti, e si avranno allora tanti fatti illeciti cui corrispondono responsabilità distinte. « Quando tal nesso vi sia, se cioè più persone in tempi diversi, ma con *intento unico*, cooperino al fatto, o consigliandolo o in altro modo preparandolo, o aiutandone la consumazione, l'azione individuale è apparsa sì in tempi diversi, ma l'intenzione fa sì che nell'atto di ognuno sia pur presente l'attività degli altri, e tutti concorrano nella *violazione* commessa da ciascuno o da alcuni. Vi è dunque qui l'unità della *colpa*, se la negligenza di uno degli agenti sia stata in riguardo all'unica ingiuria commessa, causa o sussidio della negligenza imputabile agli altri » (1).

Ma, se oltre all'autore del reato, per esempio, oltre all'autore del furto, siavi altra persona imputabile di colpa per negligenza, e per cui fu resa possibile la consumazione del furto, sarà tale persona anche responsabile in solido col ladro? La Corte di Ancona invoca il testo dell'art. 1156 Cod. civ. e ritiene l'affermativa (2); ma non parci si possa accettare tale opinione stando pure al testo dello stesso articolo, che contempla il delitto ed il quasi delitto e perchè non crediamo che possa esservi unicità di fatto tra l'autore del reato e la persona che è accusata soltanto di negligenza e quindi di quasi delitto.

4. Sourdat reca il seguente esempio: Parecchi individui furono accusati di avere riprodotto un quadro, alcuni colla scultura, altri con l'incisione e colla pittura, ed altri spacciando copie contraffatte. Non fu ammessa la solidarietà, non essendo stato il delitto consumato congiuntamente (3). E non

(1) *Colpa extr.*, I, n. 461. Conf. Palermo, 25 agosto 1884 (*Circ. Giur.*, 1884, 355).

(2) Decis. 21 luglio 1886 (*Filang.*, 1886, 2, 536).

(3) Parigi, 16 febbr. 1843. V. Sourdat, n. 148.

Digitized by Google

fu ammessa nemmeno nel caso di due accuse distinte, ma riunite per essere esaurite con una sola sentenza (1).

Altre ipotesi possono verificarsi in cui la solidarietà non abbia luogo. Diversi capi di accusa contro diverse persone non hanno connessione fra loro: alcuni degli accusati sono assolti per talune imputazioni e condannati per altre; non essendovi condanna per lo stesso fatto, non rispondono civilmente in solido (2).

E poichè non è necessario che il danno risulti da unico atto, segue che trattandosi di omicidio, anche coloro che furono causa indiretta del reato debbono essere responsabili in solido (3). Ma è principio costantemente ritenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza che il grado di responsabilità diverso fra più condannati per lo stesso reato, nessuna influenza possa esercitare sulla solidarietà colla quale debbono rispondere pel risarcimento del danno (4). Gli autori della teorica del Codice penale ricordano come quella Cassazione abbia giudicato non essere necessario che il delitto sia commesso in conseguenza di un determinato e premeditato concerto tra gli imputati; ed osservano altresì che in tal caso non siavi complicità, trattandosi di fatti isolati accidentalmente concorsi alla consumazione dello stesso fatto, e di conseguenza diventa dubbioso sapere se la legge abbia voluto imporre una comune responsabilità a quegli imputati che tra loro siano estranei (5). La quistione è trattata sotto il punto di vista della solidarietà pel pagamento dell'ammenda; ma la soluzione debb'essere applicata anche al risarcimento del danno. E noi crediamo che il dubbio non sia fondato, per lo stesso principio al quale gli autori predetti hanno anch'essi fatto omaggio. L'essere stato o no complice del reato si risolve in una maggiore o minore responsabilità penale; ciò che inte-

(1) Sourdat, loc. cit. V. le decis. ivi cit.

(2) Sourdat, n. 148. V. le decis. ivi cit.

(3) Cass. Roma, 26 giugno 1895 (*Cass. Un.*, VI, 1042).

(4) Le Sellyer, *Tratt. di dir. crim.*, II, n. 678; Chauveau ed Hélie, *Teorica del Cod. pen.*, n. 305; Sourdat, n. 149. V. gli altri scrittori e le decis. ivi cit. Conf. Cass. Roma, 3 giugno 1895 (*Cass. Un.*, VI, 1004).

(5) Loc. cit.

Digitized by Google

ressa si è l'aver preso parte al reato. Nell'affermativa, l'obbligo del risarcimento non può essere solidale, essendo stato il reato commesso insieme, nello stesso luogo e contro la stessa persona. Havvi più che complicità, osserva il Sourdat (1); trattasi di coautori dello stesso reato.

5. Ma havvi caso in cui l'accusato assolto possa essere obbligato in solido col condannato al risarcimento del danno?

Sourdat (2) reca l'esempio di coloro che profittano del maleficio. La moglie è condannata per furto, di cui ne profittò il marito in vantaggio della comunione; la Cassazione ritenne il marito obbligato in solido al risarcimento (3). Non comprendiamo però d'onde possa derivare la solidarietà nella ipotesi predetta; non dalla sentenza penale, che non colpisce il marito; non da delitto civile, perchè il marito non è stato autore di un fatto doloso contro la persona derubata. Egli non può essere costretto se non di restituire ciò di cui p. e. siasi avvantaggiata la comunione; il che è cosa ben diversa dall'essere solidalmente con la moglie obbligato al risarcimento del danno derivante dal furto che la moglie abbia commesso.

Ma lo stesso scrittore scrive ancora che se l'accusato assolto sia condannato ai danni interessi, possa anche essere condannato ai danni interessi solidalmente con coloro ai quali sia applicata la pena. È un soccombente riguardo ai danni interessi e quindi rendesi applicabile l'articolo 55 del Codice penale (4). Ma può ben opporsi che l'assolto non potrebbe, a rigore, subire condanna veruna dal magistrato penale. Se il fatto non costituiva reato, a torto fu trascinato innanti la giurisdizione penale, nè vi sarebbe alcuna plausibile ragione per attribuire a tale giurisdizione la cognizione dell'azione civile, quando nessuna condanna penale abbia potuto pronunziare. Ma se il magistrato penale conosce, in tal caso, dell'azione civile contro l'assolto, ciò

(1) Op. cit., n. 152.
(2) Loc. cit.
(3) Rig. 22 genn. 1830 (*Sir.*, 31, 1, 332).
(4) Op. cit., n. 150.

Digitized by Google

ha luogo per una ragione di connessione soltanto; il che non può affatto alterare la condizione giuridica dell'assolto. L'assoluzione significa che il fatto non costituiva reato e che l'accusato non poteva essere responsabile se non di quasi delitto, e per tale motivo obbligato al risarcimento. A rigore, lo ripetiamo, il magistrato penale non potrebbe giudicare di un'azione di risarcimento fondata sul quasi delitto; ne giudica occasionalmente all'esercizio dell'azione penale contro altra persona e contro l'autore del quasi delitto. Ma ciò non vuol dire che vi sia qualcosa di comune tra la responsabilità civile dell'autore del reato e quella dell'autore del quasi delitto, e la lettera stessa dell'articolo 55 del Codice penale francese e 39 del nostro escludono tale confusione di responsabilità. L'autore del quasi delitto non concorse al reato, non vi prese parte in alcun modo; è responsabile per la sua imprudenza o negligenza, per la sua colpa, ma nulla ha da vedere col reato, con la condanna di coloro che lo consumarono.

6. Le persone civilmente responsabili sono anch'esse obbligate in solido cogli autori del danno?

Gli scrittori francesi ritengono l'affermativa. Le Sellyer, riferendosi al testo dell'articolo 55 del Codice penale, scrive: « Essendo le persone civilmente responsabili condannate per lo stesso crimine o delitto per cui è condannato l'autore del reato, segue che ai termini di questo articolo esse rispondono solidalmente delle condanne che possono venire pronunziate contro di loro dai magistrati penali, cioè a dire delle condanne alle restituzioni, ai danni interessi ed alle spese, e in certi casi anche alle pene pecuniarie. Del resto, l'articolo 156 del decreto 18 giugno 1811, che contiene il regolamento per l'amministrazione della giustizia in materia penale e la tariffa generale, è perentorio quanto alle spese. Esso prescrive che la condanna alle spese sia pronunziata in tutti i giudizi solidalmente contro gli autori ed i complici dello stesso fatto e contro le persone civilmente responsabili del reato » (1). Sono gli stessi argomenti che aveva addotto

(1) *Tratt. dei reati e delle pene*, ecc., II, n. 482.

Digitized by Google

il Sourdat; la persona civilmente responsabile è condannata insieme all'autore principale del reato ed ai complici per lo stesso fatto, e quindi deve essere solidalmente con loro obbligata al risarcimento. Se per le spese è tenuta solidalmente, così deve esserlo ancora per le obbligazioni principali (1). In tal senso opinano Borsari e Casorati (2).

7. Questa dottrina non è stata accolta da qualcuno dei patrii scrittori. Secondo Benevolo, la legge penale parla di *condannati* per uno stesso reato (3); quindi la solidarietà non può pronunziarsi contro le persone civilmente responsabili condannate al risarcimento dei danni ed alle spese, perchè la solidarietà non si presume (4); e questa opinione è ripetuta nella traduzione italiana dell'opera del Le Sellyer sopra citato (5). Si allega una decisione della suprema Corte siciliana 1° luglio 1872 (6), la quale ritenne non applicabile ai civilmente responsabili la solidarietà pel risarcimento del danno. « Tra i responsabili civilmente ed il reo, diceva quel supremo collegio, non evvi nè complicità, nè correità, ed il motivo per cui il responsabile civile è tenuto pel fatto volontario o colposo del suo dipendente che abbia arrecato danni ad altri, scaturisce non da un principio di ragione naturale e civile che chi direttamente o indirettamente cagionò danno altrui, debba egli civilmente, non penalmente, rispondere. Confondere i casi della solidarietà penale in quanto al pagamento dei danni interessi cui son tenuti i complici di un medesimo reato e la responsabilità civile che scaturisce dalla colpa altrui, non propria, è un avviluppare insieme cose non pur distinte, ma opposte. La responsabilità dunque voluta dall'art. 569 del Codice di procedura penale per chi ha avuto la sventura di corrispondere

(1) Op. cit., n. 154. Conf. Cass. fr., 6 marzo 1890, ivi cit.

(2) Op. cit., § 2272.

(3) L'espressione dell'art. 39 del vigente Cod. penale è identica a quella dell'art. 75 del Cod. pen. sardo.

(4) *La parte civile nel giud. pen.*, n. 199.

(5) Loc. cit., nota *b*.

(6) *Ann.*, 1872, 1, 2, 282.

Digitized by Google

per un fatto non suo, deve intendersi così che i responsabili civilmente sono tenuti verso la parte lesa, ma che la riparazione della condanna debba essere fatta in ragione della parte e dell'interesse che ciascuno di essi ha avuto nel fatto che ha prodotto danni ».

Ed a noi pare più logico accogliere questa dottrina anzichè quella degli scrittori francesi. Non è esatto quel che afferma Le Sellyer che le persone civilmente responsabili siano condannate per lo stesso crimine o delitto per cui è condannato l'autore del reato. Non è esatto quel che afferma il Sourdat, cioè che la persona civilmente responsabile sia condannata col delinquente ed i complici per lo stesso fatto. No, il civilmente responsabile non è un *condannato* al par dell'autore del reato e dei complici; il testo del Codice penale francese, come quello del nostro Codice penale non si prestano a questa interpretazione. *Tous les individus condamnés pour un même crime ou un même délit...*; *i condannati per uno stesso reato...* Ebbene, come mai fra i condannati per reato possono annoverarsi le persone civilmente responsabili? La distinzione sorge dalla stessa lettera degli articoli predetti, e per noi è ribadita ancor più dall'articolo 569 procedura penale, che distingue la condanna degli accusati da quella dei civilmente responsabili.

Eppoi, la responsabilità che la legge civile impone a talune persone pel fatto altrui non ha nulla di comune con la responsabilità civile che deriva dal reato verso le persone contro le quali fu commesso. Questa responsabilità è una conseguenza diretta del reato, e la modalità della medesima, cioè la solidarietà, si connette col fatto del reato medesimo e colpisce tutti coloro che vi abbiano preso parte. Anche in tema di delitto civile e di quasi delitto, il principio è lo stesso quando il fatto sia imputabile a più persone (art. 1156 Cod. civ.). Ma coloro che dalla legge sono ritenute civilmente responsabili, lo sono a causa della presunta loro colpa; il che nulla ha da vedere colla responsabilità penale e civile dei condannati per la consumazione del reato. Adunque, sotto qualsiasi punto di vista, al responsabile civile non può estendersi l'obbligo solidale del risarcimento.

Digitized by Google

8. Questa verità non sempre è stata riconosciuta. Sourdat, pur ammettendo che il responsabile civile sia tenuto in solido. *come se fosse stato l'agente diretto del delitto o del quasi delitto*; pur ammettendo che sia tenuto *allo stesso debito* dell'autore del delitto o quasi delitto, nondimeno reputa di non trattarsi di vera e propria solidarietà, non verificandosi gli effetti particolari che gli articoli 1206 e 1207 attribuiscono alla solidarietà nei rapporti tra i condebitori e riguardo al creditore. E ritiene trattarsi di due persone distintamente obbligate, quantunque la obbligazione dell'agente diretto possa essere considerata come obbligazione principale e l'altra come accessoria; ed infine crede doversi applicare le regole della fideiussione e non quelle della solidarietà. La solidarietà non avrebbe luogo quindi di pien diritto (1).

L'incoerenza di tale dottrina è fatta rilevare dal Giorgi (2), il quale, alla sua volta, ammette che si tratti di vera e propria solidarietà. E l'ammette anche il Chironi, facendo notare anzitutto che nessuna differenza siavi tra la solidarietà contrattuale e quella stabilita dall'articolo 1156 pei delitti e quasi delitti (3); e poi avvertendo che tra le due responsabilità la causalità che determina l'unicità del fatto da cui promana la responsabilità debb'esistere sempre; in maniera che se l'autore del fatto non fosse imputabile, rimarrebbe la responsabilità del civilmente responsabile (4). Ma questa ultima soluzione è indipendente dal ritenersi, ovvero no, solidale l'obbligo del responsabile civile.

9. Non si nega che nell'espressione *condannati per uno stesso crimine o delitto* vadano compresi anche i complici. Ora, da taluni scrittori francesi si vorrebbe che le attenuanti della complicità influiscano sul risarcimento del danno per ciò che si riferisce alla solidarietà; in altri termini si vorrebbe che questa avesse luogo in correlazione e nei limiti

(1) Op. cit., n. 763.
(2) Op. cit., V, n. 195.
(3) Op. cit., n. 463.
(4) Op. cit., n. 464.

Digitized by Google

della complicità. Sourdat (1) accetterebbe questa opinione, sostenuta anche dal Le Sellyer (2) e confortata da una decisione di quella Cassazione 1° dicembre 1868; ma riconosce che tale opinione ha contro di sè la giurisprudenza della Cassazione medesima e l'autorità di tutti gli scrittori di diritto penale (3). Nondimeno, egli dice, la disposizione rigorosa dell'articolo 60 del Codice penale non ha effetto necessario se non per ciò che si riferisce all'applicazione della pena propriamente detta; la determinazione dei danni-interessi non è sottratta al libero apprezzamento del tribunale, sopratutto quando l'azione civile sia esercitata separatamente da quella penale. Così, la Corte d'appello di Parigi ha giudicato che il ricettatore contro il quale si procede in via civile non sia tenuto dei danni-interessi se non in ragione degli oggetti ricettati e non di *tutti* gli oggetti rubati dal ladro.

A questi argomenti rispondiamo in primo luogo che, in quanto alla condanna solidale ai danni-interessi, nessun potere di apprezzamento abbia il giudice penale; e quando anche l'azione di risarcimento venga esercitata in sede civile, separatamente, rimanendo sospesa sino all'esito del giudizio penale, il giudicato penale spiegar deve la sua piena efficacia, ed il magistrato civile non può modificarlo per ciò che si riferisca alla solidarietà. In quanto poi alla responsabilità del ricettatore di oggetti furtivi, nessun argomento può desumersi dalla mentovata decisione della Corte di Parigi; perchè non si tratta di reato unico e non si dubita che la responsabilità civile del ricettatore non debba andar confusa con quella dell'autore del furto e dei suoi complici.

10. La solidarietà pel risarcimento del danno è un effetto della condanna penale; effetto necessario, in maniera da aver luogo quand'anche la sentenza di condanna l'abbia omessa. Ma è necessario che i diversi autori del reato siano

(1) Op. cit., n. 153.

(2) *Tratt. di dir. crim.*, n. 681 e 705.

(3) V. la nota al n. 153 dove sono citati Rauter, Carnot, Chauveau ed Hélie, ecc.

Digitized by Google

condannati con la medesima sentenza? Si esclude da taluni tale necessità appunto per il principio che l'obbligo solidale del risarcimento è imposto dalla legge indipendentemente da ogni dichiaratoria del giudice penale (1). Ma la maggioranza degli scrittori reputa necessaria la segnente distinzione, così formulata dal Sourdat: « La sorte di colui che sia stato giudicato prima degli altri è definitivamente fissata nel momento stesso della condanna. Ripugnerebbe che avvenimenti posteriori ed esteriori, come l'essere messo in causa un altro individuo, modificassero quella posizione aggravando la condanna civile. Sarebbe lo stesso che violare la regola del *non bis in idem*, ed in una maniera strana, perchè la condanna già subìta sarebbe aggravata dalla condanna contro di un'altra persona. Si dice che ciò sia una conseguenza dell'articolo 55 e che la solidarietà deriva necessariamente dalle due condanne, indipendentemente dal fatto del giudice. Ma allora chi sarà chiamato a constatare l'identità del fatto, chi dichiarerà che la seconda condanna venga a sovrapporsi a quella che il primo condannato abbia subìta e forse eseguita? Una nuova disposizione si renderà necessaria, la quale verrebbe a modificare la prima sentenza, il che non è possibile » (2). Questa opinione è accettata anche da Carnot, Bourguignon, Chauvean ed Hélie, Larombière. Ma ben altro è a dirsi, continua il Sourdat, quando l'individuo sia condannato dopo che sulla sorte dei suoi correi o complici sia stato statuito con precedente sentenza. « Per ciò che li riguarda, la situazione non viene alterata: l'articolo 55 può essere applicato. Dovrà quindi essere dichiarato solidalmente responsabile delle condanne pecuniarie messe a carico degli individui riconosciuti colpevoli dello stesso crimine o dello stesso delitto; poichè sottraendosi al giudizio e ritardando la sentenza, non può rendere la sua condizione migliore di quella degli altri autori principali o complici del delitto. Ma se le condanne pronunziate contro l'ultimo accusato dovessero colla solidarietà aggravare la sorte dei primi,

---

(1) Blanche, II, n. 341; Garrand, I, n. 39.
Op. cit., n. 156.

Digitized by Google

noi crediamo che costoro non dovrebbero essere obbligati al di là di ciò che dovevano sopportare in virtù della cosa giudicata emessa contro di loro ».

11. Malgrado le imponenti autorità che sostengono la predetta distinzione, noi ci permettiamo di non accettarla.

Si dice anzitutto che ripugna il fatto di essere aggravata la condanna civile di una persona a causa di condanne che possono venire pronunziate in seguito contro coloro che abbiano preso parte allo stesso reato. Ma secondo il nostro avviso, nulla havvi di ripugnante, perchè colui il quale commette un maleficio insieme ad altri sa, o si presume che debba sapere, che l'obbligo del risarcimento sia solidale. Egli vorrebbe profittare del fatto che la giustizia penale abbia raggiunto tardi gli altri autori del reato; però un tal fatto non deve essergli di giovamento, non deve sottrarlo ad una responsabilità che gli incombeva sin dal momento della consumazione del reato, e gli incombeva *ope legis*. Non si tratta di *bis in idem;* non è giudicato due volte; soltanto una conseguenza necessaria di legge non poteva effettuarsi a causa della latitanza degli altri correi o per non essere stati scoperti, ed essere soggetti ad unico giudizio e condannati con la stessa sentenza. La difficoltà consisterebbe nel constatare se il fatto sia identico; ma questa difficoltà non esisterebbe ancora per colui che venisse giudicato posteriormente? Invero la difficoltà non può esistere, perchè il secondo processo deve necessariamente rannodarsi al primo, unico essendo stato il reato e commesso contro la stessa o le stesse persone. Non occorre alcuna nuova dichiaratoria perchè l'obbligazione del primo condannato si dovesse ritenere solidale di fronte alla condanna degli altri; quell'effetto necessario che la sentenza penale non poteva produrre perchè mancava la condizione di essere pronunziata contro più accusati, lo produce quando tale condizione venga a verificarsi, cioè la condanna degli altri autori o complici del medesimo reato.

All'anzidetto si aggiunga che la teoria contraria non sempre riesce di vantaggio a colui che prima degli altri sia stato condannato. Può avvenire che costui abbia inden-

Digitized by Google

nizzato la parte lesa, avendo eseguita la condanna al risarcimento del danno, e nondimeno non potrebbe spiegare alcun regresso contro coloro che vengono condannati con sentenza posteriore. Ora, conseguenze di simil genere non possono ammettersi, non potendo subordinare l'effetto della solidarietà al fatto che taluno sia stato condannato prima o dopo di un altro quando unico sia stato il reato. Nè possiamo ammettere la riserva del Sourdat, cioè che la condanna dell'ultimo correo non possa aggravare con la solidarietà la condizione di coloro che già fossero stati condannati. È sempre lo stesso principio che si vorrebbe far prevalere, ma non crediamo che in ordine alla solidarietà possa invocarsi la cosa giudicata, e come si ammette che la condanna dell'ultimo processato debba spiegare la sua efficacia, in ordine alla solidarietà, sulla condanna già pronunziata contro gli altri, così tale efficacia deve riconoscersi nell'ipotesi in cui l'ultimo condannato invochi l'effetto della solidarietà contro gli altri che già furono condannati.

12. Si ammette dagli scrittori francesi che il magistrato penale nel pronunziare la condanna ai danni-interessi in solido possa determinare la quota che debba andare a carico di ciascuno dei condannati secondo il grado di responsabilità di ciascuno di loro (1). Dubitiamo che ciò possa ammettersi, perchè l'azione di regresso che uno dei debitori solidali può sperimentare contro gli altri è un'azione personale che va retta dalle norme di procedura civile che riguardano la competenza per valore e per territorio. Non può di tale azione conoscere il magistrato penale, la cui giurisdizione è limitata alla condanna penale ed alla condanna ai danni interessi in solido, sia che questa condanna abbia luogo in maniera generica, ovvero che venga determinato l'ammontare dei danni-interessi.

Si domanda quindi dagli stessi scrittori (2) quali possano essere le conseguenze nel caso in cui il giudice penale abbia

---

(1) Demolombe, VIII, n. 268; Sourdat, n. 157; Larombière, loc. cit., n. 21; Rodière, n. 315.

(2) V. Sourdat, n. 158.

Digitized by Google

omessa la detta ripartizione; se cioè l'uno dei condannati, avendo soddisfatto il totale debito dei danni-interessi e delle spese, abbia regresso contro gli altri. Si ricorda una decisione della Corte di Lione 5 gennaio 1821, che negò tale regresso; ma noi riteniamo inutile di occuparci di tale quistione, e ciò come conseguenza di quanto abbiamo già detto.

13. Si riconosce che quanto dispongono gli articoli 1198 e 1199 Cod. civ. (fr. 1213 e 1214) vada applicato ad ogni caso di solidarietà (1), e che sarebbe ingiusto di aggravare uno solo dei coobbligati al risarcimento del danno ed alle spese. Ma esercitando l'azione di regresso, ciascuno degli obbligati sarà tenuto ad una porzione eguale a quella degli altri, ovvero si dovrà tener conto del grado di responsabilità di ciascuno? In altri termini, si potrà invocare il disposto dell'articolo 1216 (fr. 1201), secondo il quale se l'affare riguarda un sol debitore, questi solo sia tenuto all'intiero?

La maggioranza dei patrii scrittori ritiene l'affermativa (2), ed in senso affermativo si è pronunziata la patria giurisprudenza. « Il convenuto potrà opporre e provare la colpa comune od anche la colpa intera dell'attore, a fin di ridurre alla giusta entità od anche respingere del tutto la domanda dell'istante. Se poi non fosse possibile determinare un più giusto criterio di partizione, si ricorrerà a quello della eguaglianza delle quote » (3).

Di regola, quindi, la responsabilità civile va misurata alla stregua della parte da ciascuno avuta nella consumazione del reato e secondo il profitto che ciascuno abbia ritratto dal fatto illecito (4). Così, il correo di furto che pagò l'intiero avrebbe diritto di domandare l'intiero da colui che

---

(1) V. gli scrittori sopra citati. *Adde:* POTHIER, *Oblig.*, n. 282; CHIRONI, *Colpa extr.*, n. 466.

(2) CHIRONI, op. cit., n. 466; LOMONACO, *Obblig.*, I, n. 45; MOSCA, op. cit., pag. 57. *Contra:* RICCI, *Dir. civ.*, VI, n. 103.

(3) CHIRONI, op. cit., n. 472.

(4) Torino, 16 marzo 1887 (*La Giur.*, 1887, 320); Cassazione Torino, 14 giugno 1901 (*Ibid.*, 1901, 1100).

Digitized by Google

solo abbia profittato del furto (1). La Corte di Bologna ha respinto l'obbiezione che il tribunale desumeva dalla illiceità della causa dell'obbligazione per negare l'applicazione dell'articolo 1201 del Codice civile. Il fatto illecito genera un *vinculum juris* nei rapporti con la parte lesa, e tale vincolo, che è cosa ben diversa dal fatto illecito, è solidale e debbono quindi essere applicati i principii che governano le obbligazioni solidali. Su questo punto la Corte non fa che riprodurre la dottrina degli scrittori francesi. « A rigore, scrive Sourdat (2), non è più il delitto, ma la sentenza che ha stabilito tra i condannati questa specie di comunione di interessi che costituisce la solidarietà e le cui conseguenze sono determinate negli articoli 1213 e 1214. Dunque l'obbligazione non ha più quell'origine vergognosa che paralizza l'esercizio del diritto, o piuttosto che distrugge ogni specie di vincolo ». Però, mentre il Sourdat aspramente combatte il principio di proporzionare la responsabilità civile dei correi secondo il vantaggio ricavato dal maleficio, la Corte di Bologna crede che tale principio debba ammettersi. « A nulla rileva, essa dice, che si debba tenere presente il fatto illecito del furto per accertare l'estremo dell'intiero profitto esclusivo del Facchini; imperocchè il furto rimane sempre causa occasionale e non causa giuridica dell'obbligazione; la quale è fondata sempre nel fatto dell'eseguito indennizzo del danno, con le norme legislative delle obbligazioni solidali, fra le quali è quella invocata dalla Torre Rosa; soltanto è l'utile ricavato dal furto che concorre non già come causa, bensì come misura dell'azione di rimborso ». E siccome dalla sentenza penale non appariva chiaro quale dei correi si fosse avvantaggiato esclusivamente del furto, così la Corte ammise l'interrogatorio su fatti e circostanze riferibili a tale assunto.

14. Contro la dottrina anzidetta è insorto il Sourdat. Secondo lui è impossibile di permettere agli individui colpevoli di uno stesso crimine o delitto che discutessero

(1) Bologna, 17 ott. 1902 (*F. It.*, 1903, 1, 109).
(2) Op. cit., n. 158.

Digitized by Google

sull'interesse pecuniario che ciascuno di loro potesse avere in ordine alla consumazione del maleficio; in questo caso si renderebbe manifesta tutta la immoralità. Sarebbe odioso di discutere innanti la giustizia sul beneficio ricavato dal furto o da altro reato; i mezzi di difesa sarebbero attuati da fatti egualmente vergognosi per le parti, e tale dibattito non potrebbe essere tollerato. Eppoi, la causa dell'obbligazione di ciascuno è nell'entità del danno cagionato, come ancora nella colpevolezza dell'accusato; questi due elementi soli debbono essere presi in considerazione. Il maggiore o minore interesse che l'uno o l'altro poteva avere alla consumazione del crimine o del delitto, lungi dallo scusarlo, aggrava la colpabilità, aumenta l'immoralità dell'azione; è impossibile di prendere questo interesse a base della ripartizione delle condanne pecuniarie. In ogni caso però, secondo il predetto autore, in quanto alle altre circostanze che sono di natura da far pesare sopra uno dei condannati una parte più o meno forte nel pagamento definitivo, spetta al giudice che pronunzia la condanna solidale di apprezzarle e di fissare la parte di ciascuno. « Non si può fare questa ripartizione a *posteriori* senza ritornare sulla cosa giudicata, senza portare revisione ad una sentenza definitivamente resa. Così, qualunque si fosse la causa del silenzio serbato dal tribunale, la divisione si opera di pieno diritto ed in maniera eguale, secondo il numero dei condannati, la porzione degli insolvibili rimanendo a carico di coloro che siano in istato di pagare » (1).

Quest'ultima distinzione, a dir vero, non ci persuade, perchè se l'indagine non è giuridicamente possibile *a posteriori* non può esserlo nemmeno *a priori*. Il giudice penale non può attingere i suoi apprezzamenti se non a quei medesimi fatti ai quali attingerebbe il giudice civile; il quale ultimo non violerebbe poi il giudicato, supposto che la sentenza penale nulla avesse detto sulla ripartizione del risarcimento. Invece l'ostacolo è sempre il medesimo; l'indagine fatta prima o dopo è sempre dello stesso genere e deve alla stessa stregua essere giudicata. Ma sono attendi-

(1) Op. cit., n. 159.

Digitized by Google

bili le ragioni che adduce il Sourdat contro una dottrina quasi universalmente accolta?

Secondo il nostro avviso, esse sono abbastanza gravi. Che cosa intende provare colui che esercita l'azione di regresso? Il vantaggio che l'altro correo o gli altri correi trassero dal maleficio. Trattandosi, per es., di furto, intende provare che della refurtiva altri siasi avvantaggiato più di lui od abbia tratto ad esclusivo vantaggio le cose rubate. Ebbene, non è vergognoso che discussioni di simil genere abbiano luogo innanti i giudici? Il furto, si dice, rimane sempre causa occasionale e non giuridica dell'obbligazione; l'utile ricavato dal furto concorre non già come causa, ma come misura dell'obbligazione di rimborso. Tutto ciò non è esatto; si vuol provare il modo col quale i ladri si divisero le cose rubate, e da tale fatto s'intendono dedurre conseguenze giuridiche, cioè la misura della riparazione del danno. Ora si comprende la riparazione *aequis partibus* fra tutti coloro che presero parte al maleficio; essa non implica nessuna indagine sul grado di turpitudine di ciascuno dei delinquenti; ma quando tale indagine intenda farsi, fosse anche per determinare la misura dell'obbligazione di rimborso, gli argomenti del Sourdat in favore della teoria da lui seguita ci appaiono così convincenti che non esitiamo ad accettarli senza riserva.

15. La medesima soluzione però crediamo non si possa dare trattandosi di quasi delitti commessi da più persone, perchè allora trattasi di determinare il grado di colpa che a ciascuna di esse dev'essere attribuita; e quest'indagine nulla presenta d'illecito.

16. Abbiamo veduto come l'obbligazione di coloro che sono civilmente responsabili non possa andar confusa con quella degli autori del reato, e come i primi non possano ritenersi solidalmente obbligati coi secondi. Ne deriva che il civilmente responsabile non possa avere azione solidale contro gli autori del reato (1). La solidarietà non si pre-

(1) *Contra:* Catania, 28 marzo 1894 (*Rep.*, n. 90 e 91).

Digitized by Google

sume, ma debb'essere dalla legge stabilita; ora la legge la stabilisce in favore della parte lesa, e nulla dicendo per le persone civilmente responsabili, non può da esse venire invocata.

17. Le persone anzidette però possono esercitare l'azione di regresso contro coloro del fatto dei quali abbiano dovuto rispondere. Così, i genitori, i tutori, i precettori, gli artigiani, i committenti (1), possono esercitare il regresso contro le persone per le quali abbiano dovuto rispondere in seguito a condanna penale o civile. Però, l'azione di regresso può essere accolta semprechè il fatto illecito possa essere imputabile a coloro che lo abbiano commesso. Ma, determinata la imputabilità, per es., del minore, il padre o il tutore potranno pretendere di essere rivalsi di tutto ciò che siano stati costretti di pagare pel fatto illecito del minore? Si ritiene con ragione che il giudice debba tenere conto della maggiore o minore colpa del responsabile civile, nel fine di fissare l'entità maggiore o minore del diritto di regresso (2).

18. Chi intende esercitare l'azione suddetta occorre che abbia soddisfatto l'intiero, e Chironi (3) respinge con ragione l'opinione di quegli scrittori i quali hanno ritenuto che l'azione possa essere sperimentata nel giudizio stesso istituito dal danneggiato contro uno dei responsabili in solido pel risarcimento.

---

(1) Il regresso di costoro va regolato in base alle regole sulla colpa contrattuale. V. Chironi, op. cit., n. 472.

(2) Chironi, op. cit., 472.

(3) Op. cit., n. 467.

Digitized by Google

CAPITOLO VII.

COMPENSAZIONE DELLA COLPA.

1. Si riconose il principio della compensazione della colpa attraverso le sottigliezze ed astrusità della dottrina.
2. Com'è stato determinato ed applicato il principio della compensazione della colpa.
3. Continua.
4. Continua.
5. Continua.
6. Continua.
7. Quid *se oltre la colpa del danneggiante e del danneggiato sia concorsa anche quella di altre persone?*
8. Non occorre che la colpa sia di pari grado. Non può aver luogo compensazione tra colpa e dolo.
9. In materia d'ingiurie la compensazione può farsi valere in sede civile.

1. Non esiste quasi delitto quando colpa non possa imputarsi all'autore materiale del danno, il quale ha dovuto aver luogo per caso fortuito, forza maggiore o colpa del danneggiato medesimo. In quest'ultimo caso si applica il principio per cui *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (1).

Ma quando la colpa sia imputabile al danneggiatore ed al danneggiato, devesi tener conto di un tal fatto nella determinazione del risarcimento del danno?

Malgrado la incertezza e le ambagi di certi scrittori, che hanno voluto troppo sottilizzare sulla cosidetta compensazione delle colpe, possiamo affermare che dottrina e giurisprudenza concordino appieno nell'ammettere che trattandosi di risarcimento di danno per quasi delitto, bisogna tenere in conto anche la colpa del danneggiato; indagare cioè quanto costui abbia potuto contribuire al fatto per lui pregiudizievole e per cui domanda il risarcimento.

Talvolta le espressioni usate per dichiarare taluni concetti giuridici contribuiscono a fare sorgere discussioni inter-

(1) Fr. 203 Dig., 50.

Digitized by Google

minabili, nelle quali ciascuno fa a gara nel sottilizzare, senz'alcuna pratica utilità. Ciò può dirsi sia avvenuto nella teoria della compensazione della colpa. Si comincia dall'osservare che le colpe non siano due quantità omogenee e quindi non possano bilanciarsi; poi si trova che non siavi nesso di causalità tra una colpa ed un'altra, e che il termine di compensazione delle colpe potrebbe al massimo valere come un traslato, un'immagine che richiama falsi concetti, inadattabili al trattamento giuridico che con quella espressione s'intende indicare (1).

Ma facciamo per un momento astrazione dall'espressione, che anche noi riteniamo non esattamente impiegata. Se interroghiamo il buon senso giuridico per sapere qual trattamento meriti il danneggiatore nel caso in cui all'opera sua soltanto debba attribuirsi il danno, ovvero vi abbia contribuito anche il fatto positivo o negativo del danneggiato, esso ci risponderà che un risarcimento di danno fatto nella seconda ipotesi alla stessa stregua della prima non sia conforme nè ad equità, nè a giustizia. E su questo punto quasi tutti gli scrittori concordano; la divergenza sta soltanto nella giustificazione del diverso trattamento giuridico nell'ipotesi in cui all'atto dannoso sia concorsa la colpa del danneggiatore e del danneggiato; e noi non ci possiamo occupare di queste indagini, tenuto conto dell'indole del nostro lavoro.

2. Nè nel diritto francese, nè nel nostro diritto abbiamo un testo di legge che si occupi della cosidetta compensazione delle colpe; e, per quanto abbia potuto essere criticato il § 254 del Codice civile germanico, dobbiamo riconoscere che esso segni un progresso notevole, per avere proclamato il principio al quale aveva fatto omaggio la dottrina e la giurisprudenza; e per averlo proclamato in maniera che, secondo a noi pare, è abbastanza chiara e razionale.

---

(1) V. Benigni, *La cosidetta compensazione della colpa*, nella *Rivista crit. di Dir. e Giur.*, 1906, § 9.

Digitized by Google

Trattasi quindi di una colpa che coopera al danno e che influisce sull'origine e sull'estensione dell'obbligazione; ed in questo senso è stato applicato il principio dagli scrittori francesi e da quelli patrii, senza che questi ultimi possano essere accusati di aver seguito forse inconsciamente una teorica che dicesi incoerente nella sua omogeneità (1), sol perchè si può parlare di compensazione delle colpe unicamente pel risarcimento del danno privato, non per la pena pubblica, che è soddisfazione dovuta allo Stato, non al singolo cittadino e per cui non v'è creditore nè debitore (2). Senza dubbio, in tal modo, la compensazione dei delitti è confusa con quella della colpa; ma siffatta confusione da niuno fin oggi è stata fatta; da nessun scrittore francese, nemmeno di fronte a disposizione di legge che estende la solidarietà al pagamento dell'ammenda. Per esempio, l'egregio scrittore sopra menzionato cita in *primis* il Laurent; ma dal n. 485 al n. 492 del vol. XX dei *Principii*, il Laurent non parla mai di compensazione di delitti, ma di colpa del danneggiatore e del danneggiato e di bilanciamento di tali colpe; e così degli altri scrittori, compresi Giorgi (3) e Chironi (4),

3. Il principio applicato dalla giurisprudenza è così formulato dal Laurent: « La conseguenza più naturale della colpa non è quella di assolvere da ogni responsabilità l'autore del fatto dannoso, ma di diminuirla, nel senso che i danni interessi ai quali egli sia condannato debbono essere proporzionati alla estensione della colpa, e questa è diminuita quando il danno sia imputabile, in parte, alla colpa di colui che lo soffre. Questa è la giurisprudenza » (5). E perchè nel bilanciamento delle colpe non si può arrivare sino all'estremo di una completa compensazione? Una medesima stregua, osserva il Laurent, non può applicarsi alla

(1) Benigni, monogr. cit., § 8.
(2) Benigni, loc. cit.
(3) Op. cit., V, n. 158.
(4) Op. cit., II, n. 537.
(5) Op. cit., XX, n. 490.

Digitized by Google

colpa del danneggiatore ed a quella del danneggiato. Il primo è tenuto della colpa più lieve, della più lieve imprudenza o negligenza, perchè così richiede la sicurezza degli uomini. Tra la vittima ed il colpevole la giustizia favorisce la vittima, per quanto lieve possa essere la colpa dell'autore del quasi delitto. Non si può apprezzare con la stessa severità l'imprudenza o la negligenza del danneggiato; egli è estraneo al fatto che abbia cagionato il danno; non spetta a lui il prendere le necessarie precauzioni affinchè danno non gli si fosse recato. Bisogna quindi ritornare alla regola generale in tema di colpa, e quindi se egli abbia fatto ciò che avrebbe fatto la gran maggioranza degli uomini non si può dire che sia in colpa (1).

4. Il principio così formulato parci veramente esatto, quantunque la patria giurisprudenza non sempre l'abbia seguìto e talvolta abbia ammessa la totale compensazione della colpa del danneggiatore con quella del danneggiato (2). Ma il detto principio si giustifica tenendo conto che la colpa dell'una come dell'altra non esistono per un nesso di causalità, ma sono due fatti distinti, e che vengono messi in confronto fra loro e valutati nel fine che ciascuno degli agenti sopporti la propria responsabilità del proprio operato.

5. Inesattamente quindi si è usata l'espressione *compensazione delle colpe*, che ha dato luogo a tante indagini più o meno sottili, sotto il punto di vista puramente teorico. Invece, applicando il principio secondo il quale ciascuno è tenuto alle conseguenze della propria colpa, si riesce alla conseguenza che il danneggiato non può pretendere un

---

(1) Op. cit., XX, n, 489.

(2) Messina, 11 aprile 1892 (*Rif. Giur.*, 1892, 249); Torino, 2 febbraio 1894 (*La Giur.*, 1894, 264); Bologna, 30 nov. 1895 (*Mon. Bol.*, 1896, 49); Ancona, 10 agosto 1895 (*T. Anc.*, 1895, 69); Cassaz. Napoli, 22 ott. 1904 (*Riv. prat.*, 1904, 891); Torino, 22 agosto 1905 (*Ann.*, 1905, 343).

Contra: Perugia, 12 giugno 1893 (*Foro Ital.*, 1893, 1, 973); Genova, 30 nov. 1895 (*Giur.*, 1895, 495); Milano, 20 aprile 1898 (*Mon. Trib.*, 1898, 506); 2 marzo 1898 (*Ibid.*, 768); Casale, 23 marzo 1904 (*Mon. Trib.*, 1904, 454); Firenze, 7 novembre 1903 (*Ann.*, 1903, 446).

Digitized by Google

completo risarcimento del danno sofferto quando egli sia concorso col proprio fatto alla consumazione del danno. Qualche esempio gioverà per chiarire il principio. Un padre lascia il proprio bambino senza custodia, sulla via pubblica, dove rimane investito da una carrozza ed ucciso. Se risulti il cocchiere essere stato in colpa, il padre non lo è meno; ma sarebbe ingiusto rendere responsabile il primo come se la colpa del secondo non fosse esistita. Certo tra l'una e l'altra colpa non esiste nesso di causalità: lasciare senza custodire un bambino in pubblica via e far correre una vettura senza precauzione in luogo dov'è frequente il transito, son due fatti autonomi, di specie diversa, nè l'uno nè l'altro producenti di necessità il fatto dannoso verificatosi. Però il padre imprudente o negligente non può pretendere a quel trattamento giuridico al quale ha diritto il padre diligente, che, ciò malgrado avesse risentito danno dalla imprudenza del cocchiere. Nè valga il dire che ciascuno regola le proprie azioni come meglio gli piaccia, e quindi la propria colpa non possa esercitare influenza sulla colpa altrui. Non si risponde della propria colpa quando il danno sia direttamente risentito dall'agente medesimo, non quando ricada su altra persona. Così, ogni padre è libero di lasciare incustodito il proprio figliuolo; ma se un tal fatto sarà occasione alla consumazione di un danno per colpa di un terzo, non per esclusiva colpa di questo può dirsi che tale danno sia avvenuto (1). E sarebbe oltremodo ingiusto che si faccia luogo ad un completo risarcimento di danno senza tener conto dell'una e dell'altra colpa (2).

6. Se una colpa esiste nell'autore del danno, non è logicamente possibile che venga meno pel fatto della colpa del

(1) Qualcuna tra le nostre Corti ha giudicato nel senso che tra le due colpe debba esistere un nesso come di causa ad effetto, escludendo che si tenga conto della colpa del danneggiato quando sia stata soltanto occasionale. V. Milano, 11 ott. 1898 (*Mon. Trib.*, 1899, 29). Ma non ci consta di altre decisioni in tal senso.

(2) Conf. Cass. Torino, 15 genn. 1885 (*Legge*, 1885, 2, 138); Milano, 23 aprile 1902 (*Mon. Trib.*, 1902, 388). V. gli altri esempi che abbiamo addotto più avanti.

Digitized by Google

danneggiato; il che potrebbe avere luogo senza dubbio se si trattasse di vera e propria compensazione. Il danneggiatore non risponde quando il danno sia dovuto a esclusiva colpa del danneggiato; ma è un errore il ritenere che non risponda nemmeno quando il danno sia dovuto a *precipua* colpa del danneggiato, com'è stato ritenuto da talune Corti (1). In materia di quasi delitti si risponde anche di colpa lievissima, la quale non viene a sparire. o meglio non viene assorbita dalla maggior colpa del danneggiato. L'una e l'altra rimangono nella entità propria; soltanto la seconda influisce sulla prima nella determinazione del risarcimento, il quale può essere ridotto a minime proporzioni, non mai escluso. Il Sourdat (2) ammette la possibilità dell'esclusione di ogni risarcimento quando la colpa del danneggiato fosse stata assai grave; ma riconosce che quella Cassazione (7 agosto 1895) non ha ammesso tale principio (3).

7. Ma se, oltre alla colpa del danneggiante e di quella del danneggiato, il fatto dannoso abbia avuto luogo anche per colpa di altre persone, può di tale colpa tenersi conto nel risarcimento del danno e nelle relazioni tra danneggiante e danneggiato?

È stata ritenuta la negativa (4), e non potrebb'essere altrimenti in base alla teoria della compensazione delle colpe. Ma, ponendo mente alla colpa di tutte le persone che abbiano contribuito al fatto dannoso, e proporzionando la responsabilità alle colpe, crediamo che ben possa tenersi conto anche della colpa del terzo nel determinare il risarcimento del danno.

8. Si afferma che per aver luogo la compensazione delle colpe, queste debbano essere di pari grado e quindi non

(1) Brescia, 1° ott. 1887 (*Mon. Mil.*, 1887, 921); Roma, 24 luglio 1887 (*F. It.*, 1887, 1, 1299).

(2) Op. cit., n. 662.

(3) Cons. in questo senso: Cassaz. Torino, 6 febbraio 1888 (*Filangieri*, 1888, 525).

(4) Venezia, 15 giugno 1898 (*Mon. Mil.*, 1898, 605); Napoli, 16 febbraio 1900 (*Dir. e Giur.*, XV, 1023).

Digitized by Google

si compenserebbe la colpa lieve con la colpa lata (1). Ciò sarebbe esatto se si trattasse di due quantità aritmetiche; ma, nella specie trattasi di tener conto, al fine del risarcimento, della colpa dell'autore del danno e di quella del danneggiato. Ora, sotto questo punto di vista, è logico che il giudice debba tener conto dell'una e dell'altra colpa, per cui sia avvenuto il fatto dannoso; avendo l'una e l'altra agito come concause del fatto dannoso, quantunque distinte fra loro, ma concorrenti al medesimo risultato (2). Però, avendo il Giorgi (3) sostenuto che nella colpa lata sia da riscontrarsi la presunzione del dolo, anche sotto questo punto di vista nega la compensazione tra la colpa lieve e quella lata, perchè tra dolo e colpa non può esservi compensazione (4). Ma di tale errore abbiamo altrove tenuto discorso.

9. In materia d'ingiurie, la compensazione può farsi valere anche nel giudizio civile nel quale si procede pel risarcimento del danno (5).

---

(1) Op. cit., V, n. 158. Conf. Cassaz. Napoli, 9 luglio 1901 (*Gazz. Proc.*, XXXI, 350).

(2) Esempio: Nel danno commesso dall'animale concorse la colpa del proprietario di esso e quella del danneggiato. Fu ammesso il risarcimento, ma per la metà del danno. Genova, 1° dicembre 1899 (*Annali*, 1899, 481).

(3) Op. cit., II, n. 36.

(4) « La ragione si è che nel dolo è voluto l'effetto dannoso; il nesso causale è cosciente: invece nella colpa l'effetto dannoso non è voluto (benchè non evitato) e il fragile nesso causale fra il contegno dello agente e l'evento nocivo è paralizzato agli effetti giuridici dell'incontrarsi di una simile relazione fra l'evento stesso ed il contegno di colui che lo ha subìto; senza cui tale evento non sarebbesi avverato ». FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, n. 123 (Dig. It.). Per l'equipollenza delle colpe v. op. cit. e loc. cit. e le decisioni ivi indicate.

(5) Genova, 17 luglio 1899 (*Mon. Trib.*, 1899, 773).

Digitized by Google

CAPITOLO VIII.

DELLA PROVA DEL DELITTO E DEL QUASI DELITTO.

1. Chi allega il fatto doloso o colposo deve dare la piena prova del fatto e della colpa dell'agente.
2. L'attore deve dimostrare l'elemento soggettivo dell'imputazione. Errore del Chironi.
3. Inesatto concetto del Giorgi sulla prova della colpa quando questa si dice essere in re ipsa.
4. Inesattezze nelle quali è incorsa talvolta la giurisprudenza nella detta ipotesi.
5. Continua.
6. L'autore del quasi delitto può essere ammesso a provare che il danno avrebbe potuto essere evitato da colui che lo abbia sofferto?
7. Continua.
8. Continua.

1. Chi allega il delitto o il quasi delitto deve dare la prova del fatto doloso o colposo, tranne i casi di responsabilità per fatto altrui, perchè allora havvi presunzione di colpa. Dolo e colpa debbono essere provati da chi afferma di essere stato danneggiato; e si applicano, di conseguenza, le regole comuni del diritto probatorio. Chi si pretende ingiuriato, così il Chironi, ha l'onere di provare il fondamento di sua azione, e quindi il concorso dei vari elementi onde la causa dell'obbligazione è formata, *considerati rispetto alle figure dell'ingiuria oggettiva e della soggettiva*, e la persona convenuta che opponga una eccezione volta a togliere efficacia alla pretesa, deve pur essa dimostrare la ragione dell'eccezione (1). A questo modo si applica la regola per cui l'attore deve provare pienamente le sue domande, gli estremi tutti dell'azione, ed il convenuto le sue eccezioni. Ma non può dirsi allora che tanto il dolo quanto la colpa debbano essere dimostrati dall'offeso nel loro contenuto obbiettivo, perchè la dimostrazione che concorra anche l'elemento soggettivo non debb'essere fatta dall'attore, ma dal convenuto, che, nell'eccepirne il difetto, deve dimo-

(1) *Colpa extr.*, § 552.

Digitized by Google

strarlo (1). « L'autore, così il Chironi prova soltanto che il fatto è stato prodotto con dolo o con negligenza; e questa è valutata, esaminata *in abstracto*, perchè ogni leggerissima imprudenza basta a determinare la responsabilità; il convenuto ha il diritto di provare che nel caso suo, nelle circostanze in cui operò, questa negligenza non gli può essere asserita a carico, perchè a ragione di difetto di intelligenza e di libertà, non gli fu possibile di adoperare la diligenza normalmente necessaria ad evitare che il suo fatto producesse ingiuria, oppure che operò come era normalmente necessario nella condizione in cui egli era » (2).

A dileguare le ambiguità che possono derivare dall'applicare in tal maniera i principii del diritto probatorio, è opportuno riflettere che se l'offeso deve provare essere avvenuto il fatto per negligenza o imprudenza dell'agente, ciò vuol dire che egli debba provare la colpa di costui. Orbene, questa prova debb'essere piena, completa, e tale non sarebbe se non apprestasse la dimostrazione della responsabilità dell'agente. Non si comprende in che potrebbe consistere la colpa nel suo *contenuto obbiettivo*, astrazione facendo dall'elemento della responsabilità, che sarebbe l'elemento soggettivo. La colpa esiste in quanto imprudenza o negligenza esistano; e indagare se una persona abbia agito nella tale o tal altra maniera implica di necessità il giudizio sull'azione medesima e quindi sulla responsabilità che ne deriva.

2. Tutto dipende dalla maniera con la quale si è agito; il fatto dannoso ad altri non include necessariamente nè il dolo, nè la colpa; è necessario che venga attribuito ad una persona alla quale si imputi o la volontà determinata di nuocere o l'avere agito con imprudenza o negligenza. Ma, come mai può darsi la prova piena di tali estremi trasandando quella dell'imputabilità dell'azione o della omissione? La prova non può scindersi e dev'essere data in tutta la sua pienezza; e dal non potere il convenuto dimostrare che

(1) Op. cit., n. 553.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

l'azione o l'omissione non sia imputabile per una ragione qualsiasi, non deriva che l'attore sia dispensato dal fornire la prova piena di cui abbiamo parlato. Al convenuto compete il diritto della prova contraria considerata nel senso più ampio che sia possibile; ma egli non dev'essere costretto a provare, in via di eccezione, quanto in sostegno delle proprie domande debb'essere provato dall'attore. Dovendo questi dare la piena prova del suo assunto, deve giustificare che il fatto dannoso costituente ingiuria sia stato commesso da persona responsabile. Senza dubbio, la prova che egli farà potrà essere distrutta dalla prova contraria, come in ogni altro caso; ma ciò non esclude che la prova debb'essere fatta in maniera completa, piena, da comprendere tutti gli estremi dell'azione. Dire che l'attore non debba dimostrare l'elemento soggettivo perche è *parte interna del rapporto,* e che sia il convenuto il quale *nell'eccepirne il difetto deve dimostrarlo,* è lo stesso che creare una presunzione di colpa, lasciando al convenuto il distruggere tale presunzione.

E la nostra osservazione è confortata da quanto scrive lo stesso Chironi: « Chi è convenuto a fin di rispondere di fatto illecito, può opporre l'esistenza di qualcuno dei mezzi indicati come valevoli ad eliminare la responsabilità e deve farne la prova. La prova dell'eccezione spetta al convenuto; l'attore può provare il contrario... » (1). Ma il convenuto non può che riprovare contro l'attore. Se questi abbia, a suo modo, inteso provare che il convenuto abbia agito con colpa, il convenuto può, in linea di riprova, dimostrare il contrario. Se fosse altrimenti, le regole che governano le prove sarebbero sconvolte; l'*onus probandi* sarebbe imposto non *ei qui dicit,* ma *ei qui negat.*

Ponendo da banda quindi ogni distinzione tra contenuto oggettivo e soggettivo della colpa, diciamo che se questa debb'essere provata dall'offeso, la prova debb'essere piena; tale non sarebbe se astraesse dalla imputabilità dell'agente.

3. Giorgi distingue tre ipotesi diverse riguardo alla colpa. Alcune volte la colpa debb'essere provata con giusti-

(1) Op. cit., n. 555.

Digitized by Google

ficazione distinta dalla prova del danneggiamento; altre volte basterà provare il danneggiamento perchè sia provata anche la colpa. Vi sono invero taluni fatti dannosi, si dice, che non si sa se siano effetto di umana malizia, negligenza o imperizia, o se siano effetto di fortuito: ad esempio, il naufragio della nave; in questi casi la colpa debb'essere provata direttamente. Invece, vi sono altri fatti dannosi che portano l'impronta della colpa, perchè le nove volte su dieci dipendono appunto dalla umana malizia o imperizia; l'investimento di una persona o di un'altra carrozza per parte del cocchiere, i cui cavalli traversino di corsa precipitosa le strade di una città o quelle frequentate di campagna. In tali casi può bastare la prova del danno, perchè la colpa ne emerge come naturale presunzione, e debbe l'autore del danno assumere la prova del fortuito, se voglia liberarsi (1).

Questa dottrina non può essere accolta, perchè confonde il modo della prova colla prova stessa. Si vuole dire talvolta che la colpa sia *in re ipsa* per dire che sia evidente, e ciò che è evidente, non occorre sia dimostrato. Or bene, un fatto che porta l'*impronta della colpa* è agevole ad essere provato; si rende evidente. E che significa ciò? Vuol dire che facendo la prova del danneggiamento furono provate le circostanze colle quali abbia avuto luogo. Così, provando che il danno siasi verificato perchè il cocchiere faceva correre precipitosamente i cavalli per le strade della città, si giustifica, oltre il danno, la colpa del cocchiere. E bene osserva il Giorgi medesimo che in tema di danneggiamenti prodotti da corsa precipitosa di cavalli non siavi quasi sentenza che non riconosca essere la prova della colpa compresa nella prova del fatto. Dunque la colpa debb'essere sempre provata; ed il predetto scrittore rispondendo agli appunti fattigli dall'Orlando, chiarisce il suo concetto affermando che la prova della colpa debb'essere sempre fatta dall'attore; ma *che questa prova è spesso insita nei fatti stessi che costituiscono imprudenza* (2).

---

(1) Op. cit., V, n. 157.

(2) Loc. cit., nota. La Suprema Corte torinese, la quale aveva malamente applicato il principio della colpa *in re ipsa* (decis. 7 marzo 1877; v. *Mon. Trib.*, 1877, 399), ne fece una razionale applicazione colla deci-

Digitized by Google

4. Eccettuati i casi espressamente stabiliti dalla legge, la colpa non può mai presumersi, e l'onere della prova incombe al danneggiato (1). Eppure, questo principio cotanto semplice è stato frainteso talvolta nella maniera più deplorevole.

Nessun dubbio che il proprietario di una miniera debba rispondere del danno che agli alberi ed alle piante dei fondi vicini producono le esalazioni dell'anidrite solforosa. La Corte di Bologna (2) riconosce questo principio, e fin qui giudica bene. Ecco però il suo ragionamento sulla prova della colpa: « L'articolo 1151 Cod. civ. non potrebbe essere di più chiaro significato, nè di più ampia compressione. Oramai non meno la dottrina che la giurisprudenza sono concordi nel dichiarare che allorquando per fatto altrui si è ricevuto un danno, si presume che vi è ingiuria, perchè

---

sione 24 gennaio 1884 (*F. It.*, 1884, 1, 226). Chi fabbrica a distanza che non sia quella dalla legge stabilita, malgrado inibizioni giudiziali, è per ciò stesso in colpa, senza bisogno che la parte danneggiata ne faccia prova. « Lo estremo della colpa, ha osservato la Corte, è insito nel fatto istesso di chi ha operato illegalmente ed indebitamente violando il diritto dei privati ed in ispreto degli ordini della giustizia, essendo di più consapevole che agendo a quel modo senza la permissione od accordo preventivo dell'altra parte, offendeva precisamente un diritto altrui. Ed anche la pretesa buona fede del danneggiato non varrebbe mai ad esonerarlo dall'obbligo di risarcire il danno arrecato col compimento del fatto indebito, illegale e quasi delittuoso. E la sentenza che, parlando di danni, vi pone a base legale l'art. 1151, con ciò dà abbastanza a divedere che intende di danni alla cui produzione è concorsa la colpa ». Questo concetto della colpa *in re ipsa* è di una esattezza ammirevole. Non lo è invece quello della Suprema Corte romana nella decisione 24 aprile 1902 (*Dir. e Giur.*, XVIII, 437). Un individuo rimane ucciso dalla caduta di un cornicione e responsabile ne è dichiarato chi dirige la costruzione. Però, secondo il Supremo Collegio, la colpa sarebbe in *re ipsa*, in maniera che non influirebbe se il magistrato abbia omesso di dimostrare il nesso tra la causa e l'effetto. Ciò è erroneo; il nesso deve essere sempre dimostrato perchè può darsi che la caduta del cornicione non sia dovuta a colpa.

(1) SOURDAT, n. 649. Palermo, 15 febbraio 1897 (*F. Sic.*, 1897, 820); Trani, 28 aprile 1900 (*Riv. Trani*, 1900, 624); 17 agosto 1901 (*Ibid.*, 1902, 61); Cagliari, 12 dicembre 1901 (*G. Sarda*, 1902, 51).

(2) Decis. 27 giugno 1885 (*F. It.*, 1885, 1, 900), est. Lozzi.

Digitized by Google

in tesi generale non abbia diritto d'influire in qualsiasi modo sulla persona o sulla cosa altrui. Chi fu danneggiato non ha da provare che il danno: la colpa del danneggiante si presume sino a prova contraria. Non si richiede l'*animus nocendi* perchè se vi concorresse questo allora si avrebbe il *dolus*, dante luogo anche ad azione penale. Basta il fatto del danno non cagionato da caso fortuito o da forza maggiore; la più lieve colpa è sufficiente a determinare la responsabilità ».

Che la giurisprudenza offra qualche esempio di simili assurdità (1) ne conveniamo; il che non autorizza a dire che la giurisprudenza sia concorde sul falso principio. Ma in quanto alla dottrina non si è dubitato che la prova della colpa spetti a chi alleghi il quasi delitto. Zachariae scrive che spetta a colui il quale reclama la riparazione di un danno che pretende di avere sofferto per effetto di un quasi delitto il provare che l'autore del fatto, di cui si duole, abbia commessa una colpa od una negligenza (2). Sourdat afferma che ai quasi delitti siano applicabili, in materia di prove, le stesse regole che pei delitti; l'attore deve fare la prova; il convenuto deve giustificare i motivi sui quali fonda la sua difesa e la sua liberazione (3). Ora l'esistenza del danno che affermasi verificato per fatto altrui non implica presunzione che sia stato *injuria datum*. Questa presunzione non è nella legge, e sarebbe contraria ad ogni più elementare canone di diritto probatorio.

5. L'errore, come abbiamo veduto, è derivato dalla circostanza che assai volte la colpa è *in re ipsa*, in quanto che, data una maniera di operare, la conseguenza non può essere che la produzione del danno. Il proprietario del fondo superiore ne muta la coltivazione e lo riduce a risaie. In seguito a tal fatto le acque s'infiltrano nel fondo inferiore, lo danneggiano, ed il proprietario domanda di essere

---

(1) Roma, 1° giugno 1896 (*T. Rom.*, 1896, 449). Questa Corte ritenne che la colpa sia insita nel fatto di chi viola l'altrui diritto.

(2) Op. cit., § 446.

(3) Op. cit., § 649 e 741.

Digitized by Google

risarcito del danno. Dal combinato disposto degli articoli 436 e 536 del Codice civile s'è con ragione argomentato che l'azione debb'essere ammessa (1); però nella specie decisa dalla Cassazione torinese con sentenza 6 novembre 1903, il proprietario del fondo sosteneva che la sua colpa non era stata provata, ed a conferma di ciò allegava che, appena edotto del danno, aveva smesso dalla coltivazione del riso. Al che la suprema Corte rispondeva che « la prova della scienza della possibilità di un danno nel fatto della coltivazione del fondo a riso era insita, in quanto V. non poteva ignorare che, allagando il suo fondo per detta coltivazione, per le infiltrazioni e sortumi, poteva derivare danno al fondo inferiore del M. ».

In questo e simili casi abbiamo la prevedibilità dell'evento e la conseguente colpa per non averlo preveduto; e basta che l'attore dimostri un tale assunto perchè il convenuto difficilmente possa provare l'assenza di colpa, anche lievissima. Non s'inverte quindi l'onere della prova; il danneggiato, nella specie sopra menzionata, dimostrava la colpa del proprietario del fondo superiore, quando faceva rilevare l'effetto necessario che doveva produrre sul fondo inferiore la coltivazione a riso. E così, l'imprenditore della miniera doveva facilmente prevedere che le esalazioni di anidrite solforosa sarebbero state nocive alle piante ed agli alberi. Di conseguenza, dimostrato il danno e la causa che lo produsse, se ne argomenta la facile prevedibilità e quindi la colpa. Incombe a colui al quale la colpa si addebita l'escluderla.

Adunque, allorquando si dice che la colpa sia *in re ipsa*, non deve intendersi nel senso che colui il quale allega la colpa, debba riversare l'onere della prova sull'avversario, il quale dovrebbe dimostrare la negativa, cioè di non essere stato in colpa. Valgano i seguenti esempi.

L'amministrazione militare fa eseguire tiri al cannone; i fabbricati circostanti soffrono per lo scuotimento, alcuni

---

(1) Cassaz. Torino, 16 luglio 1891 (*F. It.*, 1891, 1, 981); 6 novembre 1903 (*Ibid.*, 1903, 1, 348). Conf. GIANZANA, in Dig. It., v. *Acque private*, n. 1270 e segg.

Digitized by Google

diventando disadatti all'abitazione ed allevamento dei bachi da seta. È stato ammesso il diritto al risarcimento in favore dei proprietari (1), i quali ben possono dire che la colpa sia *in re ipsa*, data la facile prevedibilità del danno. Lo stesso è a dirsi se il proiettile vada a colpire persona che trovavasi all'aperto (2).

6. L'autore del quasi delitto può essere ammesso a provare che il danno avrebbe potuto essere evitato da colui che l'abbia sofferto?

Non crediamo che possa dubitarsi su questo punto; eppure talvolta è stata tale prova negata. Un tale aveva soppressa una carreggiata sulla quale altri aveva diritto di passare e che aveva risentito danno per quella soppressione. Il convenuto chiedeva di provare con testimoni e perizia che il danneggiato avrebbe potuto scegliere altra via e così evitare il danno. La Corte di Bologna (3) negò tale prova; ma non sappiamo approvare tale giudicato. Colui che aveva il diritto di passare sulla carreggiata ben poteva riparare alla lesione del suo diritto coll'adire l'autorità giudiziaria per ottenerne la reintegrazione ed il risarcimento del danno; ma se provvisoriamente poteva passare per altra via e preferì con imprudenza d'andare incontro ad un danno, *imputet sibi*, e non può ritorcere la propria imprudenza contro l'avversario, il quale potrà rispondere d'ogni altro fatto, non mai di quasi delitto. E crediamo si possa stabilire come regola che ogni qualvolta fosse stato in potere del danneggiato l'evitare il danno, non possa invocarsi il quasi delitto per ottenere risarcimento (4).

---

(1) Torino, 26 aprile 1889 (*Giur. It.*, 1889, 483); Cassazione Torino, 9 marzo 1905 (*Legge*, 1905, 2102).

Contra: Cassaz. Torino, 21 maggio 1887 (*Legge*, 1887, 2, 768).

(2) Torino, 25 giugno 1895 (*Giur. It.*, 1895, 513). Il caso era stato veramente specioso, perchè il proiettile erasi conficcato a terra ed esplose per l'urto avvenuto colla vanga di un contadino.

(3) Decis. 30 ottobre 1896 (*Mon. Bol.*, 1897, 36).

(4) Bologna, 20 dicembre 1901 (*Temi*, 1902, 135); Roma, 19 giugno 1902 (*Giur. It.*, 1902, 563).

Digitized by Google

Colui che con malvagia intenzione, dice Sourdat (1), commette un atto dannoso, ne è responsabile, quando anche il danno fosse aggravato dalla colpa della parte lesa; ma le conseguenze di una semplice imprudenza possono essere assorbite completamente da quelle dell'imprudenza, della colpa grave e sopratutto del delitto commesso dalla parte lesa: imprudenza o delitto che abbiano offerto occasione del danno o l'abbiano aumentato. Una diligenza urta di notte ed in una grande strada colla carrozza di un proprietario, che ne rimane ferito e domanda il risarcimento del danno contro il conduttore; il quale eccepisce che essendo la carrozza di quel tale sfornita di lumi, non aveva potuto scostarsi dalla medesima giusta i regolamenti. La Corte di Douai (2) rigettò la domanda. — Certo Brossier cerca posto in una vettura pubblica e non ne trova; corre, spicca un salto per mettersi in serpe, ma la vettura, già in cattive condizioni, per l'accresciuto peso piega da un lato e diversi passeggeri, compreso quel tale, rimangono feriti e sperimentano azione di danno contro l'imprenditore ed il conduttore. La Corte di Lione (17 gennaio 1844) considerò che se fuvvi imprudenza e contravvenzione ai regolamenti, Brossier era stato complice dell'imprudenza e della contravvenzione e quindi non aveva diritto a domandare danni interessi. — Un individuo passa abusivamente con le bestie da lavoro sopra un ponte privato, il quale per cattiva costruzione e manutenzione precipita. Con ragione gli si negò il diritto al risarcimento (3). — Un operaio si avvicina ad una macchina contro ogni possibile previsione e riceve danno; gli è stato negato il diritto al risarcimento (4). — Una donna sessantenne è stata gettata a terra dall'urto di un carro perchè imprudentemente scelse il momento opportuno per attraversare una via molto frequentata; le fu negato il risarcimento per compensazione di colpa (5). — Un individuo s'introduce furtiva-

(1) Op. cit., n. 660.

(2) *Arr.* 14 dicembre 1846 (*Sir.*, 46, 2).

(3) Cassaz. Torino, 26 febbraio 1897 (*La Giur.*, 1897, 417).

(4) Cassaz. Napoli, 27 aprile 1897 (*Trib. Giud.*, 1897, 148); Cassazione Torino, 22 settembre 1897 (*Legge*, 1898, 1, 44).

(5) Milano, 31 maggio 1898 (*Ann.*, 1898, 385).

Digitized by Google

mente in luogo chiuso e risente danno da una macchina; gli è negato il diritto al risarcimento (1).

7. Chi s'introduce in un fondo chiuso, osserva il Sourdat (2), si espone a tutti gli accidenti che possono accadergli. Per accorciare il cammino scavalco la chiusura e passo attraverso il fondo, dove il proprietario esercita la caccia o il tiro alla pistola; un colpo attraversa le boscaglie e mi ferisce; la colpa è tutta mia, non potendo il proprietario sospettare colà la mia presenza e quindi non ho diritto a risarcimento. Fin qui nessun dubbio; ma il predetto scrittore insegna che lo stesso sarebbe a dirsi se la proprietà non fosse chiusa quando non esistesse in prossimità una via pubblica o abitualmente frequentata per tolleranza del proprietario. Questa soluzione non parci sia da accogliersi. È vero che a nessuno è lecito introdursi nell'altrui fondo senza permesso del proprietario; ma l'essere il fondo aperto non esclude la possibilità che della gente possa transitarvi, anche per relazioni di buon vicinato. Agire quindi come se fosse assolutamente esclusa tale possibilità o meglio tale probabilità, è imprudenza che può dar luogo a quasi delitto.

L'editto pretorio *de his qui dejec., vel effud.* riguardava i luoghi destinati al transito, *in eum locum quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur*. E Ulpiano insegna che si *aliquando vulgus in illa via non commeabat, et tunc dejectum quid vel effusum, cum adhuc secreta loca essent, modo coepit commeari, non debet hoc edicto teneri* (3). Di conseguenza, se un proprietario getti dalla finestra un oggetto qualsiasi e qualcuno ne rimanga ferito, non è responsabile se il terreno sottostante non sia soggetto a servitù di passaggio pubblico o privato. La colpa è stata di colui che s'è andato a mettere in un punto dove nessuno avrebbe sospettato che fosse (4).

---

(1) Lucca, 21 novembre 1903 (*Giur. It.*, 1904, 18).

(2) Op. cit., n. 661.

(3) Fr. 1, § 2, Dig., 9, 3.

(4) Proudhon, n. 1487; Demolombe, VIII, n. 500; Sourdat, n. 661; Larombière, art. 1382-1383, n. 29.

Digitized by Google

8. Analoga è l'ipotesi contemplata da Paolo nel frammento 31 Dig., 9, 2. Pubblico o privato che sia il passaggio sottostante all'albero che si rimonda, si è responsabile del danno che i rami recisi cadendo possono recare ai passanti, non avvertiti dal rimondatore. Ma se nessun passaggio fosse esistito, nè pubblico nè privato, il rimondatore non risponde se non del dolo, *nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit an per eum locum aliquis transiturus sit*, e ciò perchè *culpam autem esse, quod cum a diligenti provideri poterit, non esset.*

Nell'ipotesi contemplata da Paolo va compreso il caso in cui il fondo sottostante appartenga ad altri: *sed Mucius etiam dixit si in privato idem accidisset, posse de culpa agi*, e l'opinione di Mucio fu ritenuta. Gli scrittori odierni quindi ammettono essere indifferente se il fondo sottostante appartenga allo stesso proprietario dell'edificio, dalle cui finestre vengano gettati oggetti che danneggino la persona che per caso potesse trovarsi sotto (1).

CAPITOLO IX.

RESPONSABILITÀ PER FATTO ALTRUI O INDIRETTA.

RESPONSABILITÀ DEI GENITORI, TUTORI, ISTITUTORI OD ARTIGIANI.

1. La presunzione di responsabilità per fatto altrui trova la sua ragion d'essere nella colpa per fatto proprio.
2. Persone civilmente responsabili secondo l'art. 1153 del Codice civile. La disposizione è di stretta interpretazione.
3. Si può talvolta rispondere del fatto altrui senza presunzione di colpa.
4. Ragioni che determinano la responsabilità dei genitori e dei tutori.
5. Severità del diritto consuetudinario francese mitigata dal Codice civile.
6. La responsabilità del genitore è conseguenza della patria podestà. Quali figli s'intendano compresi nella generica disposizione della legge.

---

(1) Proudhon, n. 1488; Sourdat, n. 661.

Digitized by Google

7. Quid *nel caso di separazione personale?*
8. Quid *se il danno sia stato commesso dal figlio naturale prima del riconoscimento?*
9. *Del danno commesso da figli incestuosi o adulterini. Ipotesi di risarcimento eseguito dal genitore che non era coniugato.*
10. Quid *se il minore sia emancipato?*
11. Quid *se il minore fosse stato in età da non poter agire con discernimento?*
12. *Continua.*
13. *Cessa la presunzione di responsabilità quando il figlio diventa maggiorenne. Responsabilità nella quale possono tuttavia incorrere i genitori. Responsabilità del coniuge.*
14. *Può sorgere responsabilità dal fatto di estranei che abitino con noi?*
15. *Quando la responsabilità civile incomba sulla madre.*
16. *Continua.*
17. *Ipotesi di assenza temporanea del padre o di altro impedimento di fatto.*
18. *Si può ammettere la responsabilità della madre durante l'infanzia della prole?*
19. *Continua.*
20. *Continua.*
21. Quid *se la madre abbia perduta l'amministrazione dei beni dei figli per non avere ottemperato all'art. 237 del Codice civile?*
22. Quid *nel caso di assenze quotidiane del padre per ragione d'impiego?* Quid *se il padre sia in prigione o in esilio?*
23. *Requisito della coabitazione. Ipotesi diverse.*
24. Quid *se il figlio abbia abbandonato la casa paterna sfuggendo alla sorveglianza del padre?*
25. *Continua.*
26. *Della prova contraria di non aver potuto impedire il fatto dannoso.*
27. *Continua.*
28. *Continua — Esempi che offre la giurisprudenza.*
29. *Continua.*
30. *Continua.*
31. *Influenza che può esercitare sulla responsabilità del genitore il non aver saputo educare e correggere il figlio.*
32. *Lo stesso dei precettori ed artigiani.*
33. *Influenza che può esercitare la prova dei buoni precedenti del figlio.*
34. *Come dev'essere intesa la sorveglianza che il genitore deve esercitare sul figlio.*
35. *Il figlio che abbia agito con discernimento è responsabile del danno. Conseguenze di questo principio.*
36. *Continua.*
37. *Responsabilità dei tutori, dei precettori e degli artigiani.*
38. *Continua. Rispondono le dette persone anche del danno commesso dagli allievi maggiorenni?*
39. *Azione di regresso che possono esercitare i precettori e gli artigiani.*

Digitized by Google

1. Ciascuno non può essere responsabile che del fatto proprio. La legge che violasse questa regola fondamentale della imputabilità delle azioni umane rendendoci garanti delle azioni altrui, alle quali non fossimo concorsi nè direttamente nè indirettamente, sarebbe una legge ingiusta e violatrice della morale (1). Di conseguenza, allorquando parlasi di responsabilità che noi assumiamo pel fatto altrui, è sottinteso il concetto che tale responsabilità abbia luogo o perchè l'abbiamo contrattualmente assunta, ovvero perchè il fatto altrui sia stato la conseguenza della nostra colpa. Vi sono delle persone che dobbiamo proteggere e di continuo sorvegliare nel fine che non commettano danno: ve ne sono altre alle quali affidiamo incombenze e dobbiamo badare alla loro scelta affinchè nell'esercizio delle incombenze non commettano danno. Trasandando tali doveri, se le persone anzidette commettano delitti o quasi delitti, noi siamo in colpa e ci va di mezzo la nostra responsabilità civile; ma la genesi dell'obbligazione non è nel fatto altrui, sibbene nel fatto nostro, nella nostra colpa, nella negligenza o imprudenza nostra.

Si comprende che le persone civilmente responsabili siano ordinariamente estranee alla consumazione del fatto altrui; quindi sotto questo punto di vista potrebbe dirsi che si risponda del fatto altrui (2); ma, secondo lo spirito della legge, non si risponde che della presunta colpa propria (3), quand'anche l'autore del danno abbia agito senza discernimento. Si risponde per colpa propria di un fatto altrui (4).

2. L'anzidetto principio informa l'art. 1153 (fr. 1384) del Codice civile. Ciascuno è obbligato non solo pel danno che cagiona per fatto proprio, ma anche per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere o colle cose che ha in custodia. Sonvi adunque delle per-

---

(1) Toullier, op. cit., n. 230.
(2) Laurent, XX, n. 572.
(3) Pothier, *Oblig.*, n. 116; Aubry e Rau, § 759.
(4) Ferrini, n. 146.

Digitized by Google

sone delle quali debbono altri rispondere. L'articolo predetto enumera le persone civilmente responsabili pei delitti o quasi delitti di altre persone, e stabilisce, come vedremo, una presunzione di responsabilità che non sempre può esser distrutta da prova contraria. E la responsabilità anzidetta, per l'indole della disposizione che la determina, è di stretta interpretazione, nè può quindi estendersi per analogia (1).

Non può applicarsi quindi sotto l'impero del nostro Codice la presunzione stabilita dalle leggi romane contro gli abitanti delle case (Dig. 9, 3 e *Inst.* IV, 5) (2).

3. Nondimeno, osserva Sourdat, la regola non dev'essere esagerata e credere che la responsabilità per fatto altrui abbia luogo soltanto nei casi previsti dall'art. 1384 (it. 1153). Noi rispondiamo del fatto altrui, egli dice, quando tal fatto ci sia imputabile, il che è un'applicazione dell'articolo 1382 (it. 1152). Bisogna provare che il danno commesso da una persona abbia avuto luogo per colpa di un'altra, mentre nei casi dell'art. 1384 la colpa è presunta. Nel primo caso l'attore deve provare la colpa di colui che è chiamato responsabile; nel secondo è dispensato da tale prova a causa della presunzione. Ed invero si possono immaginare molti casi in cui una persona possa commettere un delitto o un quasi delitto, e non occorre di recare esempi (3).

4. Il padre, e in sua mancanza la madre, sono obbligati pei danni cagionati dai loro figli minori abitanti con essi, e così i tutori pei danni cagionati dai loro amministrati

---

(1) MERLIN, *Rép.*. v. *Delitti*, § 8; TOULLIER, op. cit., n. 258; DALLOZ, v. *Oblig.*, n. 8; COLMET DE SANTERRE, V, n. 365 *bis*, *4*; AUBRY e RAU, § 447; DEMOLOMBE, VIII, n. 588; LAURENT, XX, n. 551; SOURDAT, n. 753; CHIRONI, *Colpa extr.*. n. 330; GIORGI, V, n. 254; FERRINI, n. 146, *passim*.

(2) V. DEMOLOMBE, VIII, n. 626 e gli scrittori ivi citati. *Adde:* LAURENT, XX, n. 613; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, III, n. 2938; CHIRONI, *Colpa extr.*, n. 331. In altri Codici s'è provveduto con espressa disposizione, come nell'austriaco (§ 1318), in quelli della Repubblica Argentina (art. 1119), del Chilì (art. 2327).

(3) Op. cit., n. 752.

Digitized by Google

abitanti con essi (1). La detta responsabilità però non ha luogo quando i genitori o i tutori provino di non aver potuto impedire il fatto di cui dovrebbero essere responsabili (art. 1153, fr. 1384, Codice civile). I redattori del Codice francese danno ragione della presunzione di responsabilità stabilita dall'articolo 1384 contro tutte le persone ivi contemplate. « Esse sono investite di una autorità sufficiente per tener a freno i loro subordinati e farli stare nei limiti del dovere e del rispetto dovuto alla proprietà altrui. Se i subordinati li oltrepassino, questi traviamenti sono con ragione attribuiti al rilasciamento della disciplina domestica. che trovasi in mano del padre, del committente, dell'istitutore o dell'artigiano. Questo rilasciamento è una colpa e forma una causa di danno indiretto, ma sufficiente per far cadere su di essi il peso della riparazione. Questa responsabilità è necessaria per tenere vigile l'attenzione dei superiori sulla condotta dei loro inferiori, e per ricordare ad essi i rigidi doveri della magistratura che esercitano; ma richiedono in talune circostanze dei temperamenti che non sono sfuggiti alla sagacità dei compilatori del progetto. Tale vigilanza non può esercitarsi se non in quanto le persone le quali vi sono sottoposte si trovino sotto gli occhi di coloro che debbono vigilarle. Di conseguenza, la responsabilità del padre, ed in sua mancanza quella della madre, riguarda soltanto i figli minori i quali abitino con essi » (2).

Questo sistema si scosta completamente da quello romano che poggiava sulla speciale costituzione della famiglia, per cui dapprima fu lecito al padre di abbandonare i figliuoli al danneggiato, al pari dello schiavo, e poscia si riconobbe al danneggiato il solo diritto di farsi rivalere sul peculio del figliuolo (3).

---

(1) Non così i curatori. CHIRONI, *Colpa extr.*, n. 321.

(2) TARRIBLE, *Relazione al Tribunato*, 19 piov., XII.

(3) *Inst.*, IV, 8, 7. In questo paragrafo si ricorda il diritto antico che ammetteva l'abbandono noxale, e si commenda il diritto nuovo che abolì cotale asprezza e riconobbe il principio per cui *ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri*. V. fr. 33 e 34, Dig., 9, 4. Abolita l'azione noxale, non rimane che quella *de peculio*.

Digitized by Google

5. La responsabilità dei genitori pel danno commesso dai loro figliuoli minorenni fu ammessa dal diritto consuetudinario francese e con una severità estrema, per quanto ingiusta. Nè le ragioni del D'Argentré, osserva Toullier (1), nè l'autorità dei più celebri giureconsulti, nè l'osservazione quotidiana, la quale ci dimostra che la più attiva preveggenza di vigilantissimi padri di famiglia non può assai spesso impedire o prevenire le azioni di un figlio che reca danno; nulla di tutto ciò potè richiamare gli animi alla giustizia. Si applicò rigorosamente la responsabilità pronunziata indeterminatamente dalla consuetudine di Bretagna, senza neppure escludere i casi nei quali i padri non avevano potuto impedire l'azione dei loro figli. L'unica mitigazione che vi fece la giurisprudenza fu quella di dispensare i padri dalla responsabilità, quando il danno veniva cagionato da un impubere incapace di malizia e senza discernimento del bene e del male; e ciò per la ragione che le loro azioni al par di quelle di un insensato, non essendo suscettive d'imputabilità, e non potendo costituire delitto, nè quasi delitto, il danno ch'essi possono recare quando non abbia potuto esser prevenuto dalle persone incaricate di invigilarli, avrebbe dovuto essere considerato come l'effetto di un caso fortuito.

Ma il Codice, in omaggio agli insegnamenti della dottrina, mitigò la responsabilità dei genitori, ammettendoli a provare di non avere potuto impedire il danno commesso dai loro figliuoli.

6. Il padre, ed in sua mancanza la madre, sono adunque responsabili pei danni cagionati dai loro figli minori abitanti con essi e per qualsiasi danno che derivi da delitti o quasi delitti; e se i figli minorenni vengono preposti a qualche ufficio, il padre o la madre assumono anche la responsabilità come committenti, e quindi le due responsabilità concorrono senza che l'una assorbisca l'altra (2).

---

(1) Op. cit., n. 260.

(2) SOURDAT, n. 838. V. Milano, 16 giugno 1899 (*Mon. Trib.*. 1900, 15). Il padre che dia in custodia un animale al figlio minorenne, è responsabile come committente: Roma, 29 aprile 1903 (*Riv. Pen.*, 1903, 24); Palermo, 15 maggio 1903 (*F. Sic.*, 1903, 402).

Digitized by Google

La predetta responsabilità è una conseguenza dell'esercizio della patria potestà che spetta al padre ed in mancanza alla madre; quindi venendo la patria potestà esercitata dal padre, esso solo, in generale, è responsabile (1).

Sotto la espressione generica figli, vanno compresi tanto quelli legittimi quanto i naturali riconosciuti (2); del che non può affatto dubitarsi per noi di fronte alle disposizioni degli articoli 184 e seguenti del Codice civile. In quanto ai figli adottivi non può invocarsi l'articolo 1153 perchè gli adottanti non esercitano patria potestà sui medesimi; possono soltanto essere responsabili se coabitano coi figli adottivi, ma per difetto di custodia (3). Non coabitando col padre naturale nemmeno può applicarsi la presunzione di responsabilità contro di esso (4). Trattandosi di matrimonio putativo, se vengono mantenuti gli effetti civili (art. 116 Cod. civ.) e quindi la patria potestà, si renderà applicabile il principio della responsabilità della quale ci occupiamo.

7. *Quid* nel caso di separazione personale?

Scrive il Chironi essere opinione della maggioranza degli scrittori che nel caso di separazione personale la presunzione di colpa e la responsabilità graverà su quello dei coniugi autorizzato dal tribunale a tenere presso sè i figli (5);

---

(1) Roma, 7 maggio 1885 (*T. Rom.*, 1885, 414); Cass. Torino, 27 giugno 1888 (*Giur. It.*, 1888, 256). Giorgi (n. 263) crede che il nostro Codice avendo detto *in mancanza del padre* « abbia lasciato campo all'arbitrio incensurabile del giudice, il quale deve nelle circostanze speciali del fatto ricercare se l'esercizio della patria potestà passò realmente e senza colpa del marito, dalle mani sue in quelle della moglie, in guisa che essa non abbia potuto rimanere in dubbio sull'obbligo che le incombeva di vegliare sui figli invece del marito ». Ciò presuppone che la patria potestà possa cessare di fatto, secondo le circostanze, in maniera che si possa ritenere o no che sia passata alla madre; il che non è ammessibile.

(2) Demolombe, op. cit., n. 571; Larombière, sull'art. 1384, n. 3; Sourdat, n. 814; Duranton, op. cit., n. 715; Aubry e Rau, § 447; Laurent, XX, n. 554; Ferrini, n. 142; Giorgi, V, n. 262.

(3) Chironi, *Colpa extr.*, n. 304; Ferrini, n. 142.

(4) Chironi, op. cit., n. 339.

(5) Op. cit., n. 307.

Digitized by Google

e cita diversi scrittori, dei quali alcuni, a dir vero, non sostengono la opinione che il Chironi loro attribuisce. Per esempio, Laurent (1) discorrendo degli effetti del divorzio, insegna che l'affidare i figli per ordine del tribunale ad uno dei coniugi, non significa delegargli la patria potestà, perchè dopo il matrimonio ogni predominanza del marito cessa e la donna ha un diritto eguale a quello dell'uomo. Nulla ivi si dice della presunzione di responsabilità, e nulla si dice su questo punto dove il Laurent discorre degli effetti della separazione personale rispetto ai figli. Però, egli ritiene, e con ragionevole insistenza, che il fatto della separazione personale non faccia venir meno la patria potestà nel padre, il quale continua ad esercitarla invocando il testo della legge, che è superiore a qualsiasi opinione dell'interprete. E se la patria potestà non vien meno nel padre, conseguenza ne è che malgrado l'educazione dei figli sia affidata alla madre, contro di questa non si possa invocare la presunzione di responsabilità per le ingiurie dei figliuoli minorenni. In quanto poi al Toullier, questi non si occupa della quistione. Zachariae si limita a dire che in caso di separazione personale questa responsabilità (cioè quella pel danno cagionato dai figli), grava su quello dei coniugi al quale sia stata affidata la custodia del figliuolo che abbia commesso il fatto dannoso (2). Invece Sourdat equipara l'ipotesi della separazione personale a quella del divorzio, ed afferma che se il figlio sia affidato alla madre, l'esercizio della patria potestà sia legalmente sospeso e trasferito alla madre, la quale non agisce più solamente come per delegazione del marito, ma in virtù di quella che le è propria (3); ma non dice se sia applicabile la presunzione di responsabilità. La quale presunzione, nel caso di separazione personale, e nell'ipotesi che il tribunale abbia affidato i figliuoli alla madre, non può applicarsi contro quest'ultima perchè non esercita patria potestà; nè contro il padre perchè manca la condizione della coabitazione dei figli. Ma la madre sarà responsabile

(1) Op. cit., III, n. 294.
(2) Op. cit., § 447, ed Aubry e Rau, loc. cit.
(3) Op. cit., n. 830.

Digitized by Google

per difetto di custodia, per colpa che in ogni caso debb'essere provata dal danneggiato. E tale è anche l'opinione del Chironi (1) e del Ferrini (2).

8. Abbiamo veduto come la presunzione di responsabilità debba applicarsi al danno commesso dal figlio naturale riconosciuto. Chironi contempla l'ipotesi in cui il danno sia stato commesso prima del riconoscimento, e domanda se il danneggiato abbia azione contro il padre naturale e possa contro il medesimo invocare la presunzione dell'articolo 1153 del Codice civile. Ammette colla maggioranza degli scrittori che il riconoscimento debba avere effetto retroattivo, in quanto che la condizione giuridica del figlio rimanga determinata sin dal giorno della sua nascita. Ed anche noi facciamo eco a questa dottrina, che attribuisce forza dichiarativa e non attributiva al riconoscimento del figlio naturale, specialmente tenuto conto del silenzio della legge, che si è limitata a contemplare soltanto l'efficacia del riconoscimento riguardo alla legittimazione per susseguente matrimonio. Conseguenza di tale opinione sarebbe questa, cioè, che ben potrebbe il danneggiato sperimentare l'azione di risarcimento contro il padre naturale pel danno cagionato dal figlio prima del riconoscimento; ma non pare all'illustre scrittore sopra citato di potersi sostenere tale opinione. L'efficacia dichiarativa, egli dice, informa, è vero, di sè la filiazione dal momento della nascita, ma la relazione tra padre e figlio minore nascente dalla tutela legale provveduta dalla legge in conseguenza dell'avvenuto riconoscimento non possono esistere giuridicamente se non dal tempo del riconoscimento stesso; altrimenti si dovrebbe dire che il genitore avesse avuta la tutela legale ancora prima del riconoscimento, mentre soltanto per virtù di questo fatto la legge l'attribuisce (3).

Non esitiamo ad accogliere questa opinione perchè dall'essere determinata la condizione del figlio sin dalla

(1) Loc. cit.
(2) *Delitto e q. delitto*, n. 143.
(3) Op. cit., n. 338.

Digitized by Google

sua nascita, non deriva che prima del riconoscimento avesse il padre avuto sul medesimo quel potere legale che la legge attribuisce al padre o alla madre quando abbia avuto luogo il riconoscimento. Tale potere si acquista dal giorno del riconoscimento, e ciò basta a risolvere la quistione.

In quanto ai legittimati può invocarsi la stessa ragione; la responsabilità non può cominciare che *ex die legitimationis* (1).

9. Per effetto del riconoscimento, il padre o la madre esercitano un potere legale sui figliuoli e quindi sono responsabili del danno che costoro cagionano, come lo sono i genitori legittimi; ma lo stesso non può dirsi trattandosi di figli che non possono essere riconosciuti, come gl'incestuosi e gli adulterini; quand'anche la paternità risultasse provata nei modi previsti dall'articolo 193 Codice civile, perchè in questi casi non viene a costituirsi alcun rapporto di potestà del padre o della madre verso il figlio naturale (2).

Può avvenire che il riconoscimento venga fatto dal genitore il quale non era coniugato e che costretto dal danneggiato a risarcire il danno commesso dal figlio, ne abbia soddisfatto l'ammontare; poscia facendosi il riconoscimento dall'altro genitore, viene determinata la condizione del riconosciuto, p. e. di essere figliuolo adulterino. Ciò posto, il genitore che abbia risarcito il danno e che non avrebbe avuto obbligo a ciò, potrebbe domandare, a titolo d'indebito, la restituzione di quanto abbia pagato?

L'affermativa, secondo Chironi (3), si potrebbe sostenere « pensando che il fatto ultimo dà al figlio uno stato che determina la condizione famigliare fino dalla nascita, e quindi la potestà esercitata sotto forma di tutela è a ritenersi come se mai abbia potuto essere al genitore attribuita giuridicamente ». Tuttavia il predetto autore ritiene l'opinione contraria « perchè il genitore sapeva la verità, o doveva

(1) Ferrini, monogr. cit., n. 142.
(2) Op. cit., n. 303.
(3) Op. cit., n. 303.

Digitized by Google

conoscerla, dalle circostanze attinenti allo stato del figlio, e riconoscendolo asserì a sè in riguardo ai terzi una condizione che sapeva non potergli legalmente spettare; quindi vi è già in ciò una responsabilità (quasi per colpa propria precedente) che lo lega di fronte ai terzi, pei rapporti in cui per l'assuntasi qualità potesse entrare con essi per via di negozio giuridico o per legge. Mancherebbero perciò gli estremi della ripetizione » (1).

Noi ci permettiamo di dubitare dell'esattezza di tale soluzione, tenuto conto anzitutto dei termini generali dell'art. 1146 Cod. civ., secondo il quale articolo chi per errore si credeva debitore quando abbia pagato il debito, ha il diritto della ripetizione contro il creditore. Ebbene, il genitore che risarcì il danno non fu forse in errore? Senza dubbio. Ben poteva egli conoscere la verità delle cose, ma poteva benissimo ignorare che dal rapporto giuridico col quale trovavasi rispetto al figlio riconosciuto non sarebbe derivato alcun obbligo di risarcire il danno da esso figliuolo recato ad altri, appunto perchè il suo riconoscimento non avrebbe potuto immutare la posizione giuridica del figlio e dare origine ad un potere qualsiasi analogo a quello della patria potestà. Sarebbe stato, in altri termini, un errore di diritto, il quale, per espressa disposizione di legge, produce la nullità del contratto quando ne sia stata la causa unica o principale (art. 1109 Cod. civ.).

10. *Quid* se il minore sia emancipato? La risposta sarebbe perentoria stando al testo della legge ed al principio sul quale poggia la responsabilità civile dei genitori. La patria potestà cessa coll'emancipazione (art. 220 Codice civile, fr. 372); e poichè la responsabilità della quale ci occupiamo è una conseguenza della patria potestà, deve cessare col cessar di questa. Tale dottrina fu senz'alcuna distinzione sostenuta dal Toullier (2); ma poscia gli scrittori vollero introdurre una distinzione tra il caso in cui l'emancipazione avesse avuto luogo pel fatto del matrimonio e

(1) Loc. cit.
(2) Op. cit., n. 277.

Digitized by Google

quello per dichiarazione dei genitori. Nel primo caso riconobbero la irresponsabilità del genitore pel danno cagionato dal figlio emancipato; non così nel secondo. È vero, si è detto, che l'emancipazione faccia cessare la patria potestà, ma non può ammettersi che il padre, obbligato a sorvegliare il figlio minorenne, si liberi volontariamente da tale sorveglianza privandosi della patria potestà. Egli è in colpa appunto per avere emancipato il figlio in una età in cui non era in grado di reggere convenientemente i proprii affari, il che non può dirsi per l'emancipazione che si verifica di diritto per effetto del matrimonio (1). E qualche scrittore suddistingue ancora, negando la responsabilità del padre nel caso di emancipazione volontaria quando il figlio abbia scelto un domicilio proprio, perchè in tal caso mancando il requisito della coabitazione, vien meno la presunzione di responsabilità contro il padre (2).

La predetta dottrina, accolta anche da qualcuno dei patrii scrittori (3), è stata con ragione respinta dal Chironi (4). La distinzione è contraria alla legge. Se la patria potestà cessa coll'emancipazione, questa, comunque abbia luogo, deve produrre i medesimi effetti (5).

---

(1) Demolombe, VIII, n. 575; Duranton, op. cit., n. 715; Sourdat, n. 827; Aubry e Rau, § 447; Larombière, art. 1384, n. 4; Marcadé, art. 1384.

(2) Sourdat, loc. cit.

(3) Giorgi, op. cit., V, n. 259.

(4) Op. cit., n. 308.

(5) Ferrini respinge l'opinione di coloro che vorrebbero sempre responsabile il padre quando l'emancipazione non abbia avuto luogo di diritto pel matrimonio. Chi emancipa, egli dice, compie un atto dalla legge permesso e di cui ogni buon cittadino può valersi, oltrechè poi un *delitto civile* in cui potesse cadere l'emancipato non sarebbe motivo a far ritenere l'emancipazione irriflessiva e affrettata. Se non che il predetto scrittore osserva che la emancipazione non vuole essere un atto capriccioso o arbitrario, ma un atto imposto da esigenze di famiglia, di affari, d'impiego, di commercio; insomma un atto a cui il *bonus paterf.* può essere costretto di addivenire per quel medesimo *officium* per cui addiviene al consenso del matrimonio del figlio o della figlia minorenni. Non potrebbe quindi affermarsi che il padre si liberi da un peso con un atto per nulla ultroneo; egli ubbidisce alle circostanze che lo determinano (monogr. cit. n. 141). Tutto ciò è esatto; ma se il

Digitized by Google

11. *Quid* se il minore fosse in età da non aver potuto agire con discernimento? Può il padre allegare tale circostanza per esonerarsi dalle responsabilità che gl'impone la legge?

Pothier ha ritenuto l'affermativa come conseguenza della definizione che ha dato del delitto e del quasi delitto. « Delitto è il fatto col quale una persona con dolo o malignità produce danno o qualche torto ad altra persona. Quasi delitto è il fatto col quale una persona, senza malignità, ma con un'imprudenza che non è scusabile, produca qualche torto ad altra persona » (1). Ciò suppone, dice Pothier, che per commettere delitti o quasi delitti occorra d'avere l'uso della ragione; quelli che non l'abbiano, come i fanciulli e gli alienati di mente, non sono capaci nè di malignità, nè d'imprudenza, e non assumono veruna obbligazione pei danni che possono recare alle persone (2). Ma la dottrina del celebre scrittore non può essere accolta, tanto meno sotto l'impero del Codice civile, che pei delitti e quasi delitti dei figliuoli minorenni attribuisce la responsabilità al padre o alla madre, senz'alcuna distinzione riguardo al discernimento. Dall'essere i delitti ed i quasi delitti fatti volontari non deriva la irresponsabilità delle persone preposte alla tutela di coloro che agiscono senza discernimento. Non si dice al certo che un fanciullo o un demente commettano un delitto o un quasi delitto; c'è soltanto il fatto materiale del danno che dev'essere riparato; e su questo punto è facile imbattersi nell'inesattezza. Così, Marcadé critica Toullier che ha riprodotto la dottrina di Pothier. Un fanciullo di sei o sette anni, egli dice, e di cui il padre deve avere cura, lasciato libero nei campi, sac-

---

danneggiato potrà dimostrare che l'emancipazione abbia avuto luogo imprudentemente, data l'indole e i precedenti del figlio? In tal caso, parci che la responsabilità del padre debba sussistere. In quanto poi al padre che non abbia revocato l'emancipazione, Ferrini accetta l'opinione del Chironi (*Extr.*, II, n. 298) e ritiene la responsabilità del padre, negando però che contro di questo si possa applicare la presunzione di colpa e purchè i fatti fossero di natura ben grave (loc. cit.).

(1) *Obblig.*, n. 116.

(2) Op. cit., n. 117.

Digitized by Google

cheggia con altri coetanei i ricolti, o commette altri danni; sebbene *non vi sia colpa e quindi nè delitto nè quasi delitto per parte del fanciullo*, che non sapeva quel che facesse, il danno è avvenuto per colpa del padre, il quale ha quindi commesso un quasi delitto. Lo stesso dovrebbe dirsi di un committente che avesse preso e conservato un impiegato demente, di un padrone che affidasse incarichi difficili, come il guidare una vettura, ad un fanciullo poco intelligente o di bassa età. La legge non imputa il fatto all'autore, ma a colui che abbia la colpa di essersi servito del medesimo o di non averlo abbastanza sorvegliato (1).

12. Dunque il fanciullo, il demente, non possono commettere nè delitto nè quasi delitto, nè può dirsi che li abbiano commessi i loro genitori. Costoro sono responsabili per non avere sorvegliato i loro figliuoli, come i committenti e gl'istitutori. « La loro colpa forma una causa di danno indiretto, ma sufficiente per far cadere su di essi il peso della riparazione » (2). « Questa obbligazione emerge dalla potestà che la legge accorda ai genitori sui loro figli minorenni, dai doveri che essa loro impone per la loro educazione, dalla necessità in cui sono di vigilare sulla loro condotta, con quello zelo, con quella cura ed interesse che ispirano nel tempo stesso il desiderio della loro felicità e la tenera affezione che loro portano » (3).

La dottrina sostenuta dal Toullier è stata strenuamente criticata dal Sourdat, il quale fa rilevare come non solo la distinzione non sorge affatto dalla legge, ma è in urto al principio di responsabilità che la legge stessa stabilisce contro i genitori. L'obbligo di sorvegliare i figliuoli è più accentuato appunto quando siano in età in cui non possano agire con discernimento; in tale età si richiede una vigilanza maggiore che in altra, e più grave è quindi la colpa del padre o della madre che abbandonano i figliuoli a sè stessi; che importa che il danno non sia imputabile

(1) Op. cit., sull'art. 1384, n. 4. Conf. GIORGI, V, n. 253.
(2) TARRIBLE, nella *Relazione al Tribunato*, sed. 19 piov., XII.
(3) BERTRAND DE GREVILLE, nella *Relaz. al Trib.*, sed. 16 piov., XII.

Digitized by Google

al figliuolo? Non si tratta di riparare alla colpa di questo, ma a quella del padre, la responsabilità del quale è stata appunto stabilita perchè il figliuolo non può rispondere del danno commesso. Se fosse altrimenti, i genitori potrebbero impunemente fino all'età del discernimento abbandonare ogni sorveglianza, mentre invece questa va scemando a misura che si progredisce negli anni (1).

13. La presunzione di responsabilità cessa allorquando i figli che coabitino col padre o colla madre abbiano raggiunta la maggiore età, ovvero siano emancipati; dunque nessun dubbio che possa applicarsi allorquando un figlio maggiorenne che abiti insieme al padre o alla madre commetta un quasi delitto del quale non sia responsabile per lo stato di mente in cui trovasi. Ma, dal non essere applicabile la presunzione di responsabilità contro il genitore non deriva che esso sia esente da responsabilità quando abbia obliato il dovere che la morale e la legge positiva gl'imponevano, di assistere, proteggere il figlio demente; lo stesso pel coniuge (2) e pel figlio che coabiti e non protegga il padre demente (3). Così, è stato giudicato che la moglie la quale tralasci l'assistenza dovuta al marito demente è responsabile del danno che egli commetta (4), e che il marito non sia responsabile pel danno commesso dalla moglie demente, se abbia fatto quanto era in suo potere perchè il danno fosse evitato (5). E questa giurisprudenza è conforme ai precetti della più pura dottrina.

Pothier insegna che sotto il regime della comunione di beni « il marito non deve soffrire del delitto di sua moglie, quando non vi abbia avuto parte o non abbia potuto

---

(1) Op. cit., n. 824. Conf. DURANTON, n. 367.

(2) LAURENT, XX, n. 559; SOURDAT, n. 828. V. le decisioni citate da questi scrittori.

(3) È stata con ragione ritenuta la responsabilità del figlio maggiorenne che coabitando col padre demente, lo lasci senza custodia e senza sorveglianza. Cagliari, 21 dicembre 1903 (*F. It.*, 1904, 1, 1017).

(4) Genova, 16 dicembre 1892 (*Giur. It.*. 1893, 654); Cassaz. Palermo, 12 giugno 1900 (*Circ. Giur.*, 1900, 153).

(5) Trani, 8 maggio 1901 (*Riv. Trani*, 1901, 703).

Digitized by Google

impedirlo » (1); e Toullier, facendo omaggio a questa dottrina, dice che la parte lesa non può invocare la presunzione di responsabilità contro il marito, ma deve provare che esso ne sia colpevole e che avrebbe potuto impedire il danno (2).

14. Ma la responsabilità anzidetta va limitata soltanto quando il danno sia stato commesso da persone verso le quali si ha obbligo legale di assistenza, ovvero si estenda ad altre persone che convivono con noi, fossero anche estranei?

Supponiamo che io abbia accolto nella mia casa un estraneo, il quale sia demente, ovvero vada soggetto ad accesi di malattia tali che inconsciamente gli facciano commettere danno verso terze persone; assumo con ciò l'obbligo di risarcire tale danno? Non puossi dubitare per l'affermativa. Alle persone anzidette si provvede collocandole in manicomii o in case di salute; colui che invece le tiene in casa propria assume per ciò stesso l'obbligo di sorvegliarle affinchè non commettano danno; e la sorveglianza deve essere tale da escludere la responsabilità.

Sourdat, pur riconoscendo che la responsabilità di cui all'art. 1384 (it. 1153) è limitata al padre ed alla madre, riconosce che altre persone possono incorrere in una responsabilità personale fondata sulla loro partecipazione diretta al delitto, o, secondo i casi, sopra un'altra colpa sufficientemente caratterizzata, dando luogo all'applicazione degli articoli 1382 e 1383 (3). Tale colpa non può essere se non quella derivante dalla mancata vigilanza sulla persona del parente o dell'estraneo che taluno abbia accolto nella propria casa. Laurent scrive: « Si è cercato di rendere responsabile lo zio o la zia che tengono presso di sè un nipote o una nipote. La Corte di Cassazione si è limitata a decidere che la legge non impone questa responsabilità; il che è decisivo. Si potrebbe invocare il vecchio adagio che eguaglia

(1) *Trattato della potestà maritale*, n. 52.

(2) Op. cit., n. 280. V. n. 281 ove è ricordato un arresto della Cassazione nel senso della responsabilità dei mariti.

(3) Op. cit., n. 831 *bis*

Digitized by Google

lo zio o la zia al padre ed alla madre, di cui tengon le veci; la legge tiene talvolta conto di tali vincoli; ma nella specie nessuna legge può invocarsi » (1). Quest'affermazione non può accogliersi, perchè si confonde la presunzione di responsabilità colla responsabilità stessa, come crediamo di avere già dimostrato.

15. La responsabilità incombe sul padre, ed in sua mancanza sulla madre. Questa assume la patria potestà quando il marito sia morto o ne sia privato perchè interdetto a causa dello stato di mente o in seguito a condanna penale e quando sia in istato di assenza presunta (art. 46 Codice civile). Bisogna quindi ammettere che dal momento in cui tale condizione giuridica sorga (art. 20 Cod. civ.), la madre sia di diritto investita della patria potestà e perciò responsabile giusta l'art. 1153 dello stesso Codice (2).

Ma è necessario che la madre sia di diritto esercente la patria potestà nel fine anzidetto? Per esempio, l'interdizione produce il suo effetto dal giorno della sentenza (art. 328 Cod. civ., fr. 502); di conseguenza, da tal giorno la madre s'intenderà di avere assunta la patria potestà e può contr'essa venire applicata la presunzione di responsabilità. Su questo punto non potevano non concordare gli scrittori (3). Se prima della sentenza d'interdizione, il figlio abitante colla madre abbia commesso danno, la madre ne sarà sempre responsabile se sia provato che essa poteva evitare il danno. Ciò è l'applicazione del principio del quale abbiamo già parlato (4). Soltanto la presunzione non può applicarsi perchè non esercitando la madre la patria potestà, non le si può opporre l'art. 1153 del Cod. civ.; e bisogna sotto questo punto di vista respingere l'affermazione di qualche scrittore, cioè che la patria potestà possa essere esercitata in fatto se non in diritto. Questa distinzione non può ammettersi in tema di presunzione di responsabilità.

---

(1) Op. cit., XX, n. 556.

(2) Laurent, XX, n. 554; Sourdat, n. 830.

(3) Laurent, XX, n. 554; Duranton, n. 716; Aubry e Rau, § 447; Sourdat, n. 830; Mourlon, II, n. 1692.

(4) Ferrini, *Del. e quasi del.*, n. 140; Giorgi, V, n. 363.

Digitized by Google

16. Insistiamo su questo punto perchè talune inesattezze vengano dileguate.

Laurent insegna che allorquando la patria potestà non sia esercitata di diritto, la madre non sia responsabile, e critica l'opinione di quegli scrittori (1), i quali in base al dovere che la madre ha di sorvegliare i suoi figliuoli minorenni quando il padre ne sia temporaneamente impedito, ammettono che per ciò stesso essa sia responsabile del danno che quelli commettono. Noi abbiamo fatto omaggio alla dottrina la quale riconosce la responsabilità della madre quando avrebbe potuto impedire il danno commesso dal suo figliuolo minorenne e non l'abbia impedito; però senza che alla medesima possa applicarsi la presunzione dell'articolo 1153 Cod. civ. Ebbene, quanto insegnano gli scrittori sopra citati non è che applicazione dello stesso principio. Toullier insegna che nel caso di temporanea assenza del padre, è responsabile la madre. Si potrebbe obbiettare, egli dice, che la madre non impedendo il danno che avrebbe potuto impedire, sia in colpa nell'esercizio di una funzione affidatale dal marito, e di conseguenza ne sia responsabile; ma risponde che il figlio di tenera età viene affidato alle cure della madre dalla natura e dalla legge più che dal padre. Questa ipotesi non deve confondersi coll'altra in cui il marito impieghi la moglie a funzioni estranee alla maternità; « ma quando si è limitato a lasciare alla moglie l'adempimento di un dovere di natura, del quale egli non avrebbe potuto senza barbarie impedirle l'adempimento, la cosa è ben diversa. Non vi è allora certamente rimprovero da potergli fare; la madre sola è colpevole; essa sola è responsabile del danno che poteva impedire e che non ha impedito » (2). Adunque non è quistione di semplice responsabilità morale, come vorrebbe il Laurent (3), seguendo Aubry e Rau (4).

---

(1) Toullier, n. 281; Marcadé, Larombière, loc. cit.
(2) Op. cit., n. 281.
(3) Op. cit., n. 554.
(4) Op. cit., § 447, nota 1ª.

Digitized by Google

17. Il semplice allontanamento dalla casa non basta ad esimere il padre dalla responsabilità, perchè, ciò facendo, deve anche far sì che i figliuoli siano custoditi in modo da non recare ingiuria ad altri. E così, ben nota il Chironi, può avvenire che la responsabilità cada sulla madre alla quale venne affidata la custodia, o al vicino che l'abbia accettata; la responsabilità si connette allora, come a sua causa, all'omessa vigilanza, che espressamente o tacitamente si è assunta. Nei quali casi non havvi presunzione di colpa, ma questa debb'essere provata dall'ingiuriato (1).

Chironi (2) respinge con ragione l'opinione attribuita a taluni scrittori, secondo i quali dalla maggiore o minore durata dell'allontanamento del padre dipenderebbe la responsabilità di esso pei fatti illeciti dei figli. Ma noi ci permettiamo di osservare che gli scrittori citati dal Chironi non sostengono l'opinione predetta così com'è annunziata. A torto, per es., si cita il Sourdat, il quale nei §§ 829 e 830 parla di responsabilità della madre, nell'ipotesi in cui il padre sia sparito e prima che l'assenza fosse stata dichiarata; nel quale caso ritiene sospeso l'esercizio della patria potestà, che viene assunta dalla madre *jure proprio.*

Marcadè (3) non fa che respingere l'opinione di Zachariae, il quale vorrebbe sempre responsabile il padre nei casi di assenza presunta o di allontanamento a causa di viaggio. Ma a torto si dice che i menzionati scrittori facciano dipendere la responsabilità dalla durata della lontananza. Piuttosto, parci non sia accettabile l'opinione secondo la quale l'impedimento di fatto faccia sì che la madre eserciti la patria potestà in luogo del padre. È vero che la legge è espressa in termini generali dicendo che la patria potestà sia, durante il matrimonio, esercitata dal padre, e se egli non possa esercitarla, dalla madre (art. 220 Cod. civ., fr. 371 a 373); ma la causa dell'impossibilità dell'esercizio della patria potestà debb'essere legalmente accertata, altrimenti gravissimi inconvenienti potrebbero derivarne. Il che non esclude

(1) *Colpa extr.*, n. 300.
(2) Op. cit., n. 300 *bis.*
(3) Op. cit., sull'art. 1384, § 2.

Digitized by Google

la responsabilità della madre, perchè non puossi logicamente concepire che, assentandosi dalla casa il marito anche per le quotidiane occupazioni, non debba la moglie esercitare sui figliuoli quella vigilanza che è necessaria a che non rechino danno agli altri. La delegazione, se così può chiamarsi, è implicita, è presunta; ma, d'accordo col Chironi (1), è un errore il parlare di delegazione dell'esercizio della patria potestà. Tale potere non può essere delegato.

18. Il padre può opporre all'azione di risarcimento spiegata contro di lui l'eccezione che non abbia potuto impedire il fatto del quale dovrebbe rispondere, e l'eccezione è fondata quando l'assenza (nel senso generico della parola) sia giustificata. Ma allora ben potrà l'azione essere rivolta contro la madre, provando però la colpa della medesima *in vigilando* (2).

Chironi espone la teoria del Toullier a questo modo: « Si vorrebbe separare in due periodi l'età minore del figlio, e riferire l'uno ai primi anni dell'infanzia, inferendone che in questa età della vita, l'autorità, il potere d'educazione del padre non esiste che di nome, mentre è di fatto esercitata soltanto dalla madre; passato il qual periodo s'avverte il secondo, in cui il potere del padre assuma tutto il suo primo vigore; e in conseguenza solo in quest'epoca dovrebbe operare la presunzione che la legge ha fermato » (3). E, senza dubbio, se la dottrina del Toullier fosse in tali termini, sarebbe erronea; ma egli non fece che annunziare questo principio, cioè che la madre debb'essere responsabile del danno cagionato da suo figlio di tenera età ed incapace di discernimento, quando essa abbia potuto impedire il danno; la responsabilità generale pronunziata colla prima disposizione dell'articolo 1384 (it. 1153) è evidentemente applicabile a questo caso, per la ragione che si può affatto negare che la madre sia responsabile del figlio, che

(1) Op. cit.. n. 301.
(2) Chironi, op. cit., § 300 *bis*.
(3) Op. cit., n. 300 *ter*.

Digitized by Google

la natura e la legge hanno specialmente affidato alle sue cure ed alla sua vigilanza, quando ella abbia potuto impedirlo dal far male (1).

Sourdat accoglie il principio proclamato da Toullier, ed osserva che nella prima età, quando il figlio è senza discernimento, le cure dell'educazione fisica e morale spettano principalmente alla donna, che ne ha legittimamente la sorveglianza e la responsabilità; quindi se il padre non sia presente o non abbia potuto impedire il fatto del figlio nel momento in cui venne consumato, egli deve essere dichiarato irresponsabile per effetto dell'ultima parte dello stesso articolo. Però, trascorsa l'epoca anzidetta, ed avendo il figlio bisogno di una sorveglianza più attiva, la responsabilità della madre è coperta da quella del padre. « L'assenza non basta più allora a giustificarlo, perchè tal fiata gli si possono opporre i difetti di educazione del figlio. Ma quando noi diciamo che la moglie, nei casi indicati, debb'essere dichiarata responsabile essa sola, ciò intendiamo nel senso che essa risponderà della sua colpa personale, della negligenza o imprudenza che potrebbero essere provate contro di essa, poichè la sua responsabilità deriverebbe allora dagli articoli 1382 e 1383 e non più dalla presunzione legale stabilita dall'art. 1384 » (2).

19. Così il Sourdat ha svolta la teoria del Toullier; ma ciascuno può accorgersi che tale svolgimento non risponde alla maniera colla quale è annunziata dal Chironi. Non si tratta di una distinzione tra due periodi di età per dedurne l'irresponsabilità del padre nel primo e la responsabilità nel secondo; durante qualunque periodo della minore età, il padre non presente o che non abbia potuto evitare il danno del figlio, non ne risponde, e può risponderne la madre per difetto di sorveglianza. Ma non può dubitarsi che a misura che i figli crescono vada accentuandosi la responsabilità del padre; non così quella della madre a causa della sorveglianza della quale sempre risponde, ma non per

(1) Op. cit. n. 281.
(2) Op. cit., n. 829.

Digitized by Google

presunzione di legge, vivente ed esercente la patria potestà il marito, sibbene per propria imprudenza o negligenza.

20. Poichè la legge (art. 138) impone ad ambo i coniugi il dovere di educare ed istruire la prole, opina il Chironi che ove il padre non possa personalmente attendere a tale dovere, l'offeso può provare che se la madre avesse sorvegliato il figlio e lo avesse convenientemente educato, il fatto illecito non sarebbe stato commesso, e quindi facendo tale prova, responsabile dovrebbe essere dichiarata la madre (1). A questo modo parci che venga spostata la responsabilità del padre stabilita dalla legge. Perchè possa rendersi responsabile la madre, occorre che l'assenza del padre, la mancanza di sorveglianza da parte sua sia legalmente giustificata. In quanto all'educazione, quantunque il dovere incomba ad entrambi i genitori, non bisogna obliare che la patria potestà è esercitata dal padre, e quindi a lui incombe principalmente il dovere di educare i figli. Di conseguenza è un apprezzamento molto delicato quello che su tal punto debb'essere fatto dal giudice.

21. *Quid* se la madre abbia perduta l'amministrazione dei beni dei figli per non avere ottemperato al disposto dell'articolo 237 del Codice civile?

La patria potestà in tal caso non vien meno, e la madre resta soggetta alla responsabilità derivante dall'articolo 1153, tranne che i figli non abitassero con lei, perchè collocati in qualche istituto di educazione o altrove (2).

22. Molte persone, per ragione di impiego od altro uffizio, debbono parecchie ore del giorno o della notte assentarsi dalla propria abitazione. In tali casi è vero che non possa dirsi che il padre manchi, ma d'altra parte non si può addossare al medesimo la responsabilità pel danno commesso dal figlio durante l'assenza giustificata (3). La respon-

(1) *Colpa extr.*, n. 336.

(2) Chironi, op. cit., n. 305, Ferrini; n. 143.

(3) *Contra:* Cassaz. Torino, 27 giugno 1888 (*Giur. Ital.*, 1888, 256). L'assenza dev'essere giustificata. Torino, 30 luglio 1897 (*Giur. Ital.*, 1897, 622).

Digitized by Google

sabilità deve allora incombere sulla madre provando però che essa avrebbe potuto evitare il danno.

Quanto abbiamo detto è applicabile alle ipotesi in cui il padre sia in prigione o in esilio, e quindi nella impossibilità di esercitare la dovuta sorveglianza sui figli. Sourdat scrive: « Quantunque in diritto la patria potestà, nella sua pienezza risegga nel marito, in fatto l'esercizio ne è sospeso per lui; la madre può e deve esercitarla in certi limti; se non ne usasse convenientemente potrebbe incorrere in responsabilità » (1). Non parci esatta quest'affermazione; sino a quando la patria potestà sia esercitata dal padre, nè in diritto, nè in fatto può essere esercitata dalla madre; e se non può essere esercitata, non può applicarsi alla medesima la presunzione di responsabilità stabilita nell'articolo 1153. Ma soltanto la presunzione non può applicarsi; la responsabilità esiste sempre, e chi allega la colpa della madre deve provarla.

23. Condizione essenziale perchè il padre o la madre siano civilmente responsabili del danno commesso dai figli minorenni si è la coabitazione. Ben si comprende la ragione di tale condizione, perchè allora soltanto riesce possibile ai genitori di aver cura diretta dei loro figli, quando costoro vivano sotto il tetto paterno. Ed allora la responsabilità non può declinarsi sol perchè momentaneamente sia il figlio affidato ad un precettore od istitutore nell'abitazione del padre. Costui avrà il regresso contro il precettore o l'istitutore, ma la sua responsabilità non vien meno di fronte ai terzi (2). Invece, se il figlio sia collocato presso altri per apprendere un'arte, o in un istituto di educazione, la responsabilità cessa per tutto il tempo in cui rimanga colà. Ad una sorveglianza ne viene allora sostituita altra (3); la legge delega all'istitutore una porzione di autorità sufficiente per contenere il figlio nei limiti del dovere (4). Ma ben s'intende

(1) Op. cit., n. 831.
(2) Sourdat, n. 815 e segg.
(3) Laurent, XX, n. 560.
(4) Toullier, n. 265.

Digitized by Google

che ciò abbia luogo pel tempo in cui l'artigiano, l'istitutore abbiano sotto la loro sorveglianza l'allievo; fuori di quel tempo la sorveglianza spettando al padre o alla madre, costoro ne sono responsabili, tranne che l'istitutore o l'artigiano non fossero in colpa (1). Così, venendo un figliuolo collocato in una casa di commercio ed affidatagli una data mansione, è stato con ragione ritenuto che il padre non sia responsabile del furto del figliuolo, commesso in danno del padrone dov'era impiegato (2). Lo stesso crediamo debba dirsi se consumato in danno di altre persone, appunto per la impossibilità in cui il padre si trovi di potere esercitare la dovuta sorveglianza sul figlio.

24. *Quid* se il figlio abbia abbandonata la casa paterna sfuggendo così alla sorveglianza del padre?

Secondo Laurent (3) un tal fatto costituirebbe una circostanza aggravante la responsabilità del padre; « imperocchè il padre manchi al proprio dovere non custodendo il figlio in casa, e non facendovelo rientrare se l'abbia abbandonata senza permesso ». Sourdat ritiene anch'esso che pel solo fatto che il figlio abbia cessato di abitare col padre, non venga meno la responsabilità di costui; bisogna quindi che ciò abbia avuto luogo per un motivo legittimo (4).

Non potremmo accogliere opinioni espresse in modo così assoluto. Trattasi di responsabilità e non è ammessibile una interpretazione di rigore; l'equità deve avere la sua parte.

Un ragazzo abbandona la casa paterna e non si sa dove sia andato a passare il tempo. Frattanto commette un danno: si dirà che il padre sia sempre responsabile? Bisogna distinguere. Se l'abbandono della casa paterna sia stato la conseguenza di maltrattamenti che spinsero il figlio a scappar via, non si potrebbe negare la responsabilità del padre (5); e non la si potrà nemmeno se costui, potendo,

(1) Laurent, loc. cit.; Aubry e Rau, loc. cit., nota 2; Sourdat, n. 817.
(2) Montpellier, 12 febbraio 1887, citata da Sourdat, n. 817.
(3) Op. cit., XX, n. 560.
(4) Op. cit., n. 821.
(5) Ferrini, *Del. e quasi del.*, n. 142.

Digitized by Google

non abbia curato di ricercare il figlio, di informarne l'autorità di pubblica sicurezza, di far modo insomma che il figlio ritornasse nella casa paterna. Ma se l'operato del figlio non sia imputabile a colpa del padre; se costui, appena in grado di potersene occupare, abbia fatto del suo meglio per ricondurre in casa il figlio, allora sarebbe ingiusto addossargli una responsabilità qualsiasi, ed assurdo il dire che l'operato del figlio costituisca una aggravante per la responsabilità del padre.

25. La predetta responsabilità avrebbe luogo soltanto quando al padre si possa imputare colpa; il che avrebbe luogo indubbiamente se egli avesse abbandonato il figlio ad una vita di vagabondo o gli avesse permesso di abitare solo ove meglio gli fosse piaciuto (1), o il fatto dell'assenza nel momento in cui fu commesso il danno sia stato preceduto da colpa del padre medesimo (2), come nel caso in cui il figlio abbia fatto uso del fucile, assente il padre (3).

La coabitazione non deve venir meno per colpa del padre. « Parrebbe più esatta, scrive Chironi, la formula quì suggerita, che cioè per la mancanza di coabitazione non esiste la responsabilità imposta al genitore, purchè tal fatto non sia prodotto da sua colpa; cosicchè la colpa del genitore in riguardo a questo punto (la colpa cioè nel fatto della non coabitazione) deve essere direttamente provata da chi la invoca a sostegno della presunta responsabilità; osservando per altro che tal prova può ben esistere nel fatto stesso » (4).

Non crediamo possa accogliersi tale opinione. Spetta al genitore l'obbligo di provare che non si possa contro di lui invocare la presunzione di responsabilità a causa della non coabitazione col figlio; e la prova debb'essere tale che dalla medesima debba risultare essere stato il figlio collocato sotto l'altrui vigilanza o presso privata persona, o presso

---

(1) Sourdat, n. 821.

(2) Genova, 12 aprile 1881 (*Giur. It.*, 1881, 326). Conf. Giorgi, V, n. 264.

(3) Cassaz. Roma, 15 novembre 1894 (*C. S. Rom.*, 1894, 897).

(4) Op. cit., n. 309.

Digitized by Google

qualche istituto di educazione. Se questa prova non venga fatta, la presunzione di responsabilità non è distrutta; il danneggiato nessuna prova è obbligato di fare.

26. La presunzione di responsabilità dei genitori può essere distrutta da prova contraria, quando essi dimostrino o che non si tratti di fatto dannoso o colposo (1), ovvero, nell'affermativa, che non abbiano potuto impedire il fatto di cui dovrebbero essere responsabili (art. 1153). Tale prova può essere fatta anche dalle altre persone indicate nell'articolo precedente, tranne, come vedremo, dai padroni e committenti. Senza dubbio la responsabilità civile è cagionata dalla colpa, in ogni caso e per tutte le categorie di persone contemplate dall'articolo 1153; ma la colpa di cui rispondono i genitori non può essere vagliata alla stessa stregua di quella dei committenti. Questa differenza si spiega perchè i committenti scelgono i loro preposti, mentre i genitori sono responsabili, loro malgrado, per una causa indipendente dalla loro volontà, non essendo sempre in grado di potere modificare il carattere dei loro figli. Inoltre, la sorveglianza è più difficile, perchè deve estendersi a tutte le azioni dei figli e non soltanto a quelle che abbiano relazione ad una data funzione (2).

Adunque il padre è ammesso a provare di non aver potuto impedire il danno commesso dal figlio; ma siccome il padre deve rispondere di quasi delitto, ciò implica che sia responsabile anche di colpa lievissima. Ed allora gli sarebbe spesso assai difficile il provare che non abbia potuto evitare il danno. Bisogna quindi ammettere col Laurent (3) che tra il quasi delitto dell'articolo 1383 (it. 1152) e quello dell'articolo 1384 (it. 1153) siavi qualche lieve differenza *(nuance)*, desunta da ciò che la persona la quale risponde del fatto proprio non può dolersi se le venga imputata la minima negligenza, perchè ciascuno può e deve agire colla massima oculatezza. Lo stesso non può dirsi

(1) Giorgi, V. n. 266.
(2) Sourdat, n. 832.
(3) Op. cit., XX, n. 564.

Digitized by Google

quando si risponde del fatto altrui, p. e. del figlio, essendo allora necessaria una vigilanza costante, in ogni momento, per impedire che danno venga commesso; il che è moralmente impossibile.

27. È lasciato quindi all'apprezzamento del giudice il vedere se in ogni singolo caso il padre abbia, ovvero no, potuto impedire il danno commesso dal figlio (1). Ma ciò non vuol dire, come afferma il Laurent (2), che di nessun aiuto possa essere la teoria in questa materia e che tutto dipenda dall'apprezzamento dei fatti che variano da un caso all'altro. Se ciò fosse vero, tutto ridurrebbesi ad una casistica senza lume di principii. Ma la scienza deve determinare appunto i principii che l'interprete deve seguire nell'apprezzamento dei fatti; e noi cerchiamo di indagare quali debbano essere secondo la logica giuridica.

Il padre o la madre deve dimostrare di non aver potuto impedire il fatto dannoso consumato dal figlio. Un primo motivo che si presenta ovvio alla nostra mente si è quello della impossibilità fisica in cui siasi trovato il padre. La malattia, l'assenza giustificata costituiscono casi d'impossibilità ad invigilare il figlio, e ne conviene lo stesso Laurent (3), come gli altri scrittori (4). Se non che, si aggiunge, tali scuse valgono soltanto a rimuovere la responsabilità quando al padre non si possa imputare una colpa precedente alla consumazione del fatto dannoso. Ciò è vero, senza dubbio; ma bisogna che la posizione giuridica del padre sia ben determinata anche rispetto all'onere della prova. Egli giustifica la fisica impossibilità di aver potuto impedire il danno commesso dal figlio e quindi assume di aver distrutta la presunzione dell'articolo 1153; il danneggiato invece afferma che, prima del momento consumativo del danno, il padre fosse stato in colpa per difetto di vigilanza sul figlio. Provato un tal fatto la responsabilità del

(1) Larombière, loc. cit., n. 24; Laurent, loc. cit.
(2) Loc. cit.
(3) Loc. cit.
(4) Toullier, n. 264; Duranton, n. 718.

Digitized by Google

padre rimane qual era; però la prova debb'essere fatta da chi alleghi la colpa del padre anteriore al danno; e ciò secondo le regole del diritto probatorio.

28. La giurisprudenza, anche quella anteriore al Codice, offre esempi che è utile ricordare per l'applicazione del principio. Un armaiuolo lascia in un cassettino aperto una pistola carica e si allontana dalla casa per suoi affari. Un suo ragazzo prende quell'arma e trastullandosi con altro ragazzo del vicinato fa sì che quella esploda ed il compagno vi perda la vita. Il padre fu condannato ai danni interessi perchè aveva commesso una imprudenza lasciando un'arma carica in luogo dove poteva essere presa dai suoi figli (1). — Un padre fornisce il figlio di fucile e di munizioni e permette che vada ad una partita di caccia con un amico; un colpo parte in direzione di quest'ultimo, lo colpisce alla faccia e gli fa perdere la vista. La Corte di Caen (2 giugno 1840) e quella di Lione (16 gennaio 1894), in caso identico, ritennero la responsabilità del padre. « Considerando così la Corte di Caen, che inutilmente si direbbe di non esservi stata imprudenza da parte di Barbeb padre nel permettere l'esercizio della caccia al figliuolo dell'età di 19 anni; la legge non richiede che vi sia stata imprudenza personale del padre per renderlo responsabile. Per la sola ragione che abbia autorizzato o anche che non abbia impedito un fatto qualunque, per tale imprudenza si espone a rispondere del danno cagionato dal figlio, quantunque il fatto considerato in sè stesso ed il permesso di eseguirlo non abbiano potuto qualificarsi come riprovevoli ».

Toullier, ricordando l'arresto del quale abbiamo parlato, insegna che la più lieve colpa del padre deve bastare a fare respingere la scusa dell'impossibilità d'impedire il danno. La legge, egli dice, non può bilanciare tra colui che commette una colpa anche lieve e colui il quale ne riporta un danno senza commetterne alcuna. « Spetta al magistrato di esaminare se vi siano rimproveri fondati da farsi al padre; se, invece di riprendere o di castigare il figlio quando

(1) L'arresto è citato da TOULLIER, n. 263.

Digitized by Google

l'occasione siasi presentata, egli avesse per soverchia debolezza passato sotto silenzio, scusate e forse talvolta autorizzate coi suoi esempi e colla sua condotta, colpe d'indole simile a quelle che danno luogo al reclamo; egli potrebbe, malgrado la sua assenza, essere dichiarato responsabile del danno arrecato dai figli. Si potrebbe esaminare se abbia o no invigilato un figlio vizioso, o conosciuto per la petulanza del suo carattere, avendone avuto i mezzi per migliorarlo. Tutto dipende dalle circostanze; la scusa è rimessa alla prudenza ed alla dottrina dei magistrati » (1).

29. Soffermandoci alquanto su questo insegnamento dell'illustre scrittore, riteniamo anche noi che il padre debba rispondere di qualsiasi colpa, trattandosi di quasi delitto; soltanto è a vedere, nei singoli casi, se colpa siavi stata. Su questo punto deve valere l'osservazione già riferita dal Laurent, cioè, che nel vagliare la colpa del padre occorre tener presente che egli risponde del fatto altrui, di quella sorveglianza continua che richiedono i figli, e quindi la colpa debb'essere valutata con minore rigore del caso in cui si risponda del fatto proprio. E di conseguenza nell'apprezzamento dei fatti bisogna escludere certi criteri assoluti, secondo i quali, in ogni evento, si riscontrerebbe la responsabilità del padre. Così non può ammettersi che un minorenne il quale, per convinzione generale, sappia ben maneggiare il fucile da caccia con la usuale preveggenza, renda responsabile il padre a causa di un accidente che avrebbe potuto verificarsi in persona del più esperto cacciatore. E parimenti, il padre non può scusarsi di non aver potuto proibire al figlio l'uso della bicicletta (2); ma se il figlio sapeva ben usare di quel mezzo di locomozione, non è ragionevole che, avvenuto un danno, se ne rendesse responsabile ad ogni costo il padre, come ha giudicato la Corte di Bologna (3); perchè altrimenti dovrebbe ammettersi che prima dei ventun anni nessuno dovesse usare della bicicletta, il che sarebbe

(1) Op. cit., n. 264.
(2) Milano, 9 settembre 1896 (*Giur. It.*. 1896, 785).
(3) Decis. 11 maggio 1900 (*Temi*. 1901, 165).

Digitized by Google

per lo meno ridicolo. Ora, secondo il nostro avviso, nei casi predetti ed in altri simili, non può affermarsi alcuna colpa del padre, in tesi generale, salvo a provare che il padre non avrebbe dovuto permettere nè l'esercizio della caccia, nè quello della bicicletta, nè altro qualsiasi, ad un figliuolo che non presentava alcuna garanzia di saper fare.

30. In ogni caso, la prova del saper fare spetta al padre, il quale deve distruggere la presunzione di responsabilità. Questa regola è stata disconosciuta da qualche giudicato. Un padre affida al suo figliuolo un veicolo per trasportare derrate; avviene uno scontro con altro veicolo che rimane danneggiato. Secondo la Corte veneta, per costituire in colpa il padre, avrebbesi dovuto provare « che il figlio, o per soverchio ardimento alla corsa, o per difetto di direzione, fosse inetto al governo del cavallo affidatogli, e che il padre sapesse o potesse conoscere tale sua inettitudine. Ma questa prova non fu proposta, anzi non fu nemmeno asserita, nè tampoco adombrata una incapacità qualsiasi del figlio al governo di quel cavallo, come non fu nemmeno asserito che il cavallo fosse spavaldo o d'indole pericolosa » (1). Ma tale prova non doveva essere fatta, nè allegata dal danneggiato; la colpa del padre si presume, e ad esso incombe l'obbligo di distruggere la presunzione; oltrechè poi il padre sarebbe stato sempre responsabile come committente.

31. E ritornando sulla dottrina del Toullier sopra riferita, cioè che il padre non possa allegare la scusa di non avere potuto evitare il danno del figlio quando sia in colpa di non averlo saputo educare e correggere, osserviamo che a tale dottrina hanno fatto omaggio scrittori e giudicati (2). Il rilasciamento della disciplina domestica, scrive il Sourdat,

---

(1) Decis. 16 maggio 1876 (*F. It.*, 1876, 1, 1257).

(2) Colmet de Santerre, V, n. 365 *bis;* Duranton, n. 715; Sourdat, n. 834; Demolombe, VIII, n. 586; Larombière, art. 1384, n. 24; Laurent, XX, n. 562; Aubry e Rau, § 447; Marcadé, art. 1384, § 2; Muteau, *Resp. civ.*, n. 269; Baudry-Lacantinerie, III, n. 2905; Huc, op. cit., VIII, n. 443; Giorgi, V, n. 264; Chironi, *Colpa extr.*, n. 334; Ferrini, monogr. cit., n. 144.

Digitized by Google

ed i cattivi esempi dei genitori sono la causa più frequente dei deviamenti dei figli. Se il padre è colpevole di tale negligenza, di tali vizii di educazione, non potrà sfuggire alla responsabilità provando che era assente nel momento in cui il danno sia stato commesso e l'impossibilità in cui sia stato di poterlo evitare (1).

32. Lo stesso principio è da applicarsi ai precettori ed agli artigiani, quando sia concorsa la loro colpa nella cura che dall'ufficio loro erano chiamati ad apprestare. « Possono il precettore o l'artigiano, scrive il Chironi, per via del mal costume loro, del mal esempio, dei perversi consigli, determinare l'allievo o l'apprendente a commettere ingiuria, e pel fatto illecito suo dovranno allora essi rispondere quando al dovere di educazione fossero pur tenuti; ed anche per colpa propria potranno avere tale obbligo, perchè il mal consiglio è offesa, e può esserlo il mal costume se tenuto così da valere mal consiglio; s'intende che si dovrà in tal caso considerare l'età e lo sviluppo psichico dell'allievo o dell'apprendente. Nelle quali circostanze il genitore od il tutore che, cadendo in colpa, abbiano affidato a tali persone i minori soggetti alla loro autorità, dovranno pure rispondere dell'ingiuria verso l'offeso, sebbene possano avere, in riguardo al precettore od all'artigiano, la ragione del regresso: la vigilanza efficace sarebbe poi mancata per negligenza loro, che dovevano rendersi estremo conto della persona cui affidavano il minore, commesso dall'ordinamento sociale alla cura ed alla custodia loro » (2).

Accettiamo senza alcuna esitazione la detta dottrina. Solo avvertiamo che la prova del cattivo affidamento debb'essere fatta dal danneggiato; e tale prova debb'essere sempre valutata dal giudice, tenendo conto di tutte le circostanze che possano escludere o attenuare la colpa del padre o del tutore.

---

(1) Op. cit., n. 834. V. le decisioni citate da LAURENT (n. 565) e da SOURDAT, loc. cit. *Adde:* Aquila, 3 maggio 1886 (*F. Abruzz.*. 1886, 144); Torino, 16 maggio 1884 (*La Giur.*, 1884, 569); Catania, 10 dicembre 1902 (*G. Cat.*. 1903, 17).

(2) Op. cit., n. 335.

Digitized by Google

33. Nella stessa maniera però che il danneggiato può invocare contro il padre i cattivi precedenti in ordine all'educazione del figlio, così il padre deve essere ammesso a provare i buoni precedenti. Ritenere tale prova inconcludente (1) è una manifesta ingiustizia.

Un minorenne commette un omicidio; il padre prova di aver sempre curato l'educazione morale del figlio; che il fatto verificossi improvvisamente, nella sua assenza, ed in circostanze imprevedibili. In seguito a tali prove fu esclusa la responsabilità del padre (2). E fu esclusa per le stesse ragioni in un ferimento consumato dal figlio in una festa (3), ed in casi di danno se il figlio, per l'indole mite che aveva, non richiedeva una continua sorveglianza (4). Il padre che conosca l'indole bonaria del figlio, non ha ragione di seguirlo in luogo di lecito passatempo, e quindi non è responsabile del danno che il figlio possa commettere in un momento d'impeto (5).

34. Qualche giudicato ha ritenuto che in ogni caso si debba tener conto del difetto di vigilanza, perchè su tale difetto è fondata la responsabilità del padre, e non sulla cattiva educazione data al figlio (6). Ma allora si dovrebbe ammettere che ciascun padre dovesse seguire il figlio come l'ombra il corpo, non lasciandolo un istante solo, con una preoccupazione incessante, da far perdere la testa. Ora, nessuna legge, nessun principio giuridico può richiedere tale genere di sorveglianza; ed è logico quindi ammettere che la sorveglianza debba esercitarsi in quella maniera che la condizione stessa del figlio richiede; la quale condizione, in

---

(1) Roma, 20 febbraio 1903 (*F. Sardo.* 1904, 17); Torino, 25 ottobre 1904 (*La Giur.*, 1904, 604). — *Contra:* Trani, 4 febbraio 1901 (*Riv. Trani.* 1901, 281).

(2) Casale, 15 aprile 1890 (*G. Cas.*, 1890, 155).

(3) Casale, 7 febbraio 1893 (*G. Cas.*, 1893, 113).

(4) Torino, 8 maggio 1903 (*Dir. e Giurispr.*, 1903, 224); Milano, 9 dicembre 1903 (*Mon. Mil.*, 1904, 1483); Casale, 31 ottobre 1904 (*Giur. Tor.*, 1904, 1483).

(5) Torino, 27 febbraio 1892 (*La Giur.*, 1892, 228).

(6) Genova, 3 marzo 1905 (*T. Gen.*, 1905, 142).

Digitized by Google

gran parte, è determinata dall'ambiente di famiglia in cui il figlio viene educato. Di tale circostanza importantissima è giusto quindi che si tenga il dovuto conto al fine di apprezzare la responsabilità del padre.

Ciò che abbiamo detto non esclude che la sorveglianza debb'essere sempre relativa all'indole del minorenne. Se costui sia di carattere provocante, di tendenza a delinquere, maggiore debb'essere la sorveglianza, e non bisogna tollerare che esca di casa, p. es., armato di coltello (1). « Quando l'indole del figlio è viziosa, havvi una ragione di più per sorvegliarlo davvicino, e maggiori diventano i doveri e la responsabilità del padre. È una severità, ma è legale; quando, mercè la sua sorveglianza, il padre avrebbe potuto impedire il fatto, il padre è responsabile, malgrado avesse adempiuto al dovere di bene educare il figlio » (2).

La prova della buona educazione data al figlio non è dunque sempre bastevole ad eliminare la colpa del padre per difetto di vigilanza. Spesso occorre che egli provi di avere usato tutti i mezzi per correggere l'indole cattiva del figlio, impedendogli p. e. di andare nelle osterie, di attaccare brighe, di andare girovagando di notte e armato (3). Questa prova debb'essere fatta dal padre se voglia distruggere la presunzione di responsabilità. Che se egli si limiti a giustificare l'assenza, per cui non gli fu possibile impedire il danno commesso dal figlio, allora, come abbiamo già detto, spetta al danneggiato il provare la colpa del padre nell'educare il figlio, o nel non aver usato quella diligenza che avrebbe dovuto usare.

35. Come ben è stato osservato, la responsabilità del padre è una garanzia forzata che la legge gli impone perchè esso vegli diligentemente sulle azioni dei suoi figli; ma il figlio che abbia agito con discernimento non tralascia di essere responsabile di fronte a colui al quale abbia recato

(1) Torino, 31 maggio 1895 (*Legge*. 1895, 2, 166).

(2) Laurent, XX, n. 565.

(3) Casale, 7 maggio 1981 (*G. Cas.*, 1881, 281); Catania, 17 dicembre 1883 (*F. Cat.*, 1883, 285).

Digitized by Google

danno. Ne deriva: 1° che il danneggiato possa rivolgere la sua azione contro il figlio, farlo condannare ai danni interessi ed eseguire il giudicato sui beni del medesimo o su quelli che potessero pervenirgli (1); 2° che se l'azione sia stata rivolta contro il padre e costui sia stato condannato perchè in colpa, non possa esercitare regresso contro il figlio, abbia o no questi agito con discernimento (2). In questo caso il padre non può essere ammesso a domandare di essere garantito per una condanna da lui subita per un fatto proprio, non essendo stato quello del figlio se non la causa occasionale del danno (3). Ma se ciò è vero, parci che non sia giuridicamente possibile l'ipotesi di un regresso contro il figlio, e che è stata contemplata dagli scrittori (4). Eppure tale regresso può aver luogo indipendentemente dalla prova di irresponsabilità che il padre non abbia potuto fare rispetto al danneggiato. Il non aver potuto fare questa prova del giudizio civile o penale in contraddizione colla parte lesa, non toglie che nel giudizio di regresso il figlio che voglia sottrarsi all'azione del padre debba dimostrare la colpa di costui che precesse il fatto dannoso. La presunzione esiste in favore del danneggiato, ed il figlio non può trar profitto dal fatto che il padre non sia arrivato a distruggere la presunzione; egli deve rispondere verso il padre che abbia soddisfatto l'indennizzo, e se allega la colpa paterna deve provarla.

È vero che la legge nulla dice, ma bastano le regole del diritto comune a supplirvi (5). Sourdat contempla l'ipotesi in cui la colpa sia comune all'autore del danno ed al responsabile civile, e chiarisce assai bene la posizione giuridica delle parti. « I tribunali debbono determinare allora la parte che ciascuno deve sopportare dei danni-interessi. Ma la parte civilmente responsabile è sempre tenuta per l'intiero rispetto ai terzi. Se paga l'intiero non ha regresso contro

(1) Toullier, n. 271 e segg.; Sourdat, n. 839.
(2) Toullier, n. 274; Sourdat, n. 840; Duranton, n. 367.
(3) Sourdat, loc. cit.
(4) Toullier, n. 271; Sourdat, n. 841.
(5) Sourdat, n. 770.

Digitized by Google

l'autore del danno se non per la quota messa a carico personale e definitivo di quest'ultimo. Se la sentenza nulla abbia statuito su questo punto, il regresso è di diritto; l'azione almeno è ammessibile. La quistione può essere discussa tra il responsabile e l'autore del delitto, per la ragione che la sentenza la quale pronunzia in favore della parte lesa la condanna dell'autore del danno e del responsabile civile, non ha autorità di cosa giudicata sul punto di sapere se il secondo debba essere garantito dal primo riguardo alle conseguenze della condanna » (1).

36. Se il figlio non avrà beni proprii per rispondere verso il padre, dovrà imputare sulla successione paterna la somma di cui era debitore a causa del delitto o del quasi delitto, essendo soggetto a collazione ciò che il padre ha pagato per estinguere debiti del figlio (art. 1007, fr. 851) (2). Ma il danno dev'essere risarcito per intero e non per la porzione che al figlio possa competere sull'eredità paterna, perchè un tal fatto è di nessuna importanza rispetto al danneggiato (3).

37. Il patrio Codice ha eliminato qualsiasi controversia in ordine ai tutori, estendendo ai medesimi la presunzione di responsabilità stabilita contro i genitori. I tutori sono anche essi responsabili pei danni cagionati dai loro amministrati abitanti con essi (art.1153). Però, come i genitori, possono, alla loro volta, dimostrare di non avere potuto impedire il danno (art. cit.). La gran maggioranza degli scittori francesi, nel difetto di un testo di legge, si era pronunziata in tale senso (4).

---

(1) Op. cit., n. 771.

(2) Toullier, n. 271; Duranton, n. 367; Sourdat, n. 841.

(3) Toullier, n. 275; Sourdat, n. 842.

(4) Pothier, *Oblig.*. n. 121; Zachariae e Aubry e Rau, § 447; Duranton, n. 769; Sourdat, n. 843; Larombière, loc. cit. — *Contra*: Laurent, XX, n. 555; Demolombe, VIII, n. 558. La legge, osserva il Ferrini, usa la voce *amministrati*, perchè vi comprende ogni specie di tutela, quella del genitore sul figlio naturale riconosciuto e quella sull'interdetto. Osserva ancora che, riguardo alla coabitazione, bisogna tener conto delle deliberazioni del consiglio di famiglia. V. monogr. cit., n. 145.

Digitized by Google

I precettori rispondono del danno commesso dagli allievi e sotto le condizioni determinate dall'articolo 1153 Codice civile. Quest'ultima disposizione non è quindi applicabile quando il precettore insegna nella stessa casa paterna dove il discente è sottoposto all'autorità del padre (1). Non si può distinguere però se i precettori insegnino o educhino soltanto, perchè nell'uno e nell'altro caso, come nota il Chironi (2), l'insegnante ha il diritto di allontanare dalla scuola l'allievo incorreggibile, e quindi può giovarsi dei mezzi disciplinari. Però, per quanto esatta debb'essere la diligenza nel vigilare, devesi intendere sempre secondo il grado della scuola e l'ufficio di chi insegna (3). Lo stesso scrittore osserva che la parola *precettori* par che sia apposta adoperata per escludere gl'insegnanti delle pubbliche scuole ed applicarsi soltanto alle persone alle quali in particolar modo siano commessi fanciulli o giovani di minore età, con maggiore o minore continuità di tempo per curarne l'istruzione e l'educazione. Ma tale costruzione è respinta dal Chironi, sia perchè la legge non distingue, e perchè esistendo un potere disciplinare, esiste il dovere della vigilanza.

Ferrini ritiene che nella espressione *precettori* siano compresi tutti coloro che abbiano anche il solo ufficio di insegnare senza missione educativa, e ciò pel principio che il fondamento della responsabilità sta nella garanzia che essi assumono di fronte alla società per il buon ordine e per la disciplina dei loro dipendenti. Ciò ammettendo, il Ferrini accoglie l'opinione sostenuta dal Larombière (4) e seguìta dal Giorgi (5), che siccome i professori di ginnasio, liceo, università, e tutti coloro che fanno corsi d'insegnamento in luoghi aperti al pubblico hanno uno scopo esclusivamente dottrinale e non educativo, così non abbiano obbligo di sorveglianza. Il predetto scrittore trae argomento

(1) Giorgi, V, n. 270.
(2) *Colpa extrac.*. n. 327.
(3) Loc. cit.
(4) Op. cit., art. 1384, n. 17.
(5) Op. cit., V, 270.

Digitized by Google

dall'articolo 1153 che parla della responsabilità dei precettori ed artigiani pei danni cagionati dai loro allievi ed apprendisti nel tempo in cui sono *sotto la loro vigilanza*. E scrive: « Forse che si può dire che gli studenti universitarii siano, durante le lezioni, *sotto la vigilanza* del professore? Tanto varrebbe dire (e nessuno il direbbe) che un uditorio, durante una predica o una conferenza è sotto la sorveglianza del conferenziere o del predicatore. La vigilanza non consiste nella mera facoltà di espellere o fare espellere un disturbatore; essa esige una cura ed un'attenzione particolari, che non si possono neppure conciliare coll'impegno di una lezione universitaria. Del resto, ciò è perfettamente consono alla lettera della legge che parla di *precettore*, non di *docente* o d'*insegnante*, e precettore nel comune linguaggio significa appunto chi sui discepoli abbia una speciale autorità morale ed abbia particolare ufficio di vigilanza e di cura » (1).

Non possiamo accogliere nessuno degli argomenti del predetto scrittore. Il paragone tra gli studenti universitarii e coloro che ascoltano una conferenza o una predica non si regge; fin'oggi nessuna responsabilità come quella dei precettori è stata dalla legge stabilita pei conferenzieri e pei predicatori. Ma la vigilanza di chi insegna in pubbliche scuole, se è vero che non può essere quella delle scuole infantili, tuttavia, anche ridotta alla facoltà di fare espellere i disturbatori, è tanta quanto basta alla bisogna; è sempre una vigilanza che si esercita nei limiti del possibile. In quanto poi all'uso della parola *precettori* notiamo che la espressione è talmente lata da non escludere alcuno, sia che insegni ed educhi contemporaneamente, sia che soltanto insegni.

38. Ma i precettori, gli istitutori, gli artigiani, rispondono soltanto del fatto degli allievi minorenni, ovvero anche del fatto di persone di maggiore età?

La maggioranza degli scrittori ritiene l'affermativa per

(1) Monogr. cit., n. 146.

Digitized by Google

la ragione che la legge non distingue (1); mentre limita la responsabilità dei genitori al danno cagionato dai figliuoli minorenni. Costoro non possono essere abbandonati dai genitori, i quali hanno l'obbligo di sorvegliarli, mentre i precettori e gli artigiani possono licenziare i loro allievi se non riescono a poterli vigilare.

Sourdat ha più che ogni altro scrittore fatto rilevare le ragioni per le quali la detta opinione non può essere accolta. È vero che la legge non distingue, egli dice, ma la minore età degli allievi è supposta necessariamente, perchè se si trovano di maggiore età non si trovano in quella condizione e la legge si occupa *de eo quod plerumque fit.* Inoltre la legge ha voluto che precettori ed artigiani si intendano sostituiti ai genitori per l'educazione ed istruzione dei figli e quindi nelle medesime condizioni. Perchè dovrebbe estendersi la responsabilità agli allievi maggiorenni? Essi non hanno bisogno di essere sorvegliati come i minorenni; sono padroni delle loro azioni e quindi responsabili; se vanno in cerca d'istruzione, non per questo intendono di sommettere le proprie azioni ad una influenza legale che sia destinata a reggerla. Le relazioni tra precettori ed allievi sono l'effetto di una volontà completamente libera, che implicherebbe contraddizione coll'obbligo e col potere di sorvegliare e dirigere le azioni dell'allievo, e su cui è fondata la responsabilità dei precettori ed istitutori.

Osserva ancora il Sourdat che il maggiorenne che assume volontariamente la quatità di allievo o apprendista, resta, di fronte alla società, nei medesimi rapporti di prima. La sua nuova situazione non espone il pubblico a nuovi pericoli, per provvedere ai quali occorrerebbe sottoporlo a speciale vigilanza. Se avesse conservato il proprio domicilio, se fosse rimasto presso i suoi genitori, egli solo sarebbe stato respon-

---

(1) DALLOZ, *Giur. gen.*, v. *Resp.*, n. 709; DURANTON, XIII, n. 721; LAURENT, XX, n. 166; MUTEAU, *Resp. civ.*, n. 231; LAROMBIÈRE, art. 1384, n. 16; GIORGI, V, n. 272.

Contra: SOURDAT, n. 877; DEMOLOMBE, VIII, n. 605; RÉCAMIER, op. cit. pag. 136; MASSÉ e VERGÉ su ZACH., § 627, nota 9; CHIRONI, *Colpa extr.*, n. 328.

Digitized by Google

sabile dei proprii atti; come mai dunque l'istitutore avrebbe una responsabilità maggiore di quella del padre o della madre?

Tali ragioni crediamo siano abbastanza convincenti. Giorgi vuol trarre argomento dal testo dell'articolo 1153, e ritiene che il brocardico *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit* se non è sempre argomento sicuro per interpretare la legge, diviene infallibile quando prende in mira una medesima disposizione relativa a più casi, e tale è l'articolo 1153. Ma se trattasi di una medesima disposizione relativa a più casi, bisogna che questi casi, quando siavi qualcosa di comune che li rannodi, vadano retti dalla stessa disposizione, e lo stesso principio su cui è fondata la responsabilità dei genitori venga applicato alla responsabilità dei precettori ed artigiani.

39. I precettori e gli artigiani hanno l'azione di regresso contro gli allievi che abbiano agito con discernimento (1). Non possono avere regresso contro il padre e la madre dell'allievo, perchè durante il tempo in cui ha luogo la responsabilità dei precettori ed artigiani viene meno quella del padre e della madre (2).

CAPITOLO X.

RESPONSABILITÀ DEI PADRONI E COMMITTENTI

1. *Della commissione o preposizione. In che differisca dal mandato e dalla locazione d'opera.*
2. *Continua.*
3. *Continua. Il locatore d'opera non rappresenta il conduttore. Erronea teoria del Chironi.*
4. *Continua.*

---

(1) Giorgi, V, n. 274, che respinge con ragione l'opinione contraria del Récamier (op. cit., 137).

(2) Giorgi, loc. cit. Conf. Récamier, loc. cit. — *Contra:* Larombière, art. 1384, n. 19.

Digitized by Google

5. *Continua. Opinioni erronee sulla pretesa rappresentanza nel locatore d'opera.*
6. *Continua.*
7. *Inesattezze sulla vera figura giuridica della commissione.*
8. *Continua.*
9. *Continua.*
10. *Continua.*
11. *Continua.*
12. *Continna. Di nuovo sulla erronea dottrina del Chironi riguardo alla pretesa rappresentanza dei locatori d'opera.*
13. *Continua.*
14. *Continua. Critica della dottrina del Chironi fatta dal Bolaffio.*
15. *Continua. Inesattezze della critica del Bolaffio.*
15 bis. *Teoria del Giorgi e del Ferrini sulla commissione.*
15 ter. *Continua. Teoria del Ferrini sulla presunzione di responsabilità dei padroni e committenti.*
15 quat. *Continua.*
16. *Si risale al concetto informatore del Codice francese sulla responsabilità per fatto altrui.*
17. *Continua.*
18. *Continua. Dottrina classica sulla colpa* in eligendo.
19. *Erronea teoria del Chironi sull'applicazione del concetto di rappresentanza insieme a quello della colpa* in vigilando *o* in eligendo.
20. *Come il sistema del codice riesca a conseguenze ingiuste.*
21. *La prova della buona scelta è stata negata dalla giurisprudenza.*
22. *Necessità di ben determinare la figura giuridica del committente. Imprenditori e cottimisti.*
23. *Di una erronea e contradditoria decisione della Suprema Corte romana riguardo alla figura giuridica dell'appalto.*
24. *Quando assumono responsabilità l'appaltante e l'appaltatore.*
25. *Quando si assume la qualità di commesso — Decisione della Corte di Lucca riguardante la qualifica da attribuirsi alle guardie campestri.*
26. *Continua.*
27. *I sanitari dei brefotrofi ed altri ospizii di beneficenza sono commessi di tali enti? Quistione agitata a proposito del danno sofferto dalle nutrici per malattia sifilitica degl'infanti. Teoria del Gabba.*
28. *Continua.*
29. *Continua. Critica della teoria del Gabba.*
30. *Perplessità della giurisprudenza sulla responsabilità degli ospizii.*
31. *I sanitarii degli ospizii sono locatori d'opera e non commessi. Erronea opinione del Chironi.*
32. *Quando la responsabilità della direzione ospedaliera è coinvolta con quella dei sanitarii.*
33. *Continua.*
34. *I direttori di manicomii sono responsabili del danno che possono commettere i mentecatti? Erroneo principio ammesso dal Chironi.*

Digitized by Google

35. *Responsabilità dei direttori di scuola per le ingiurie recate dai maestri agli allievi. Erroneo principio ammesso dal Chironi.*
36. *Il fittaiuolo non è commesso del locatore.*
37. *Il fatto dannoso dev'essere consumato dai commessi nell'esercizio delle incombenze.* Quid *se vi sia trasgressione d'ordine o se il fatto costituisca reato?*
38. *Continua.*
39. *Il danno può essere cagionato in occasione delle incombenze. Ipotesi diverse e moderazione richiesta nell'applicazione del principio di responsabilità dei padroni e committenti.*
40. *Continua.*
41. *Continua.*
42. *Continua.*
43. *La commissione può aver luogo per singoli affari.*
44. *La permanenza nel servizio non implica che si agisca esercitando la funzione.*
45. *I padroni e committenti non possono distruggere la presunzione stabilita dalla legge contro di essi.*
46. *Che cosa deve provare il danneggiato.*
47. *I padroni e committenti possono eccepire il delitto o il quasi delitto del danneggiato?*
48. *Continua. Dottrina del Carrara.*
49. *Continua. Esempi che offre la giurisprudenza.*
49 bis. *Dottrina del Ferrini sulla compensazione della colpa opposta dai padroni e committenti.*
50. *Ipotesi in cui il commesso o il domestico abbiano agito per ordine del committente o del padrone.*
51. *Continua.*
52. *I preponenti possono esercitare azione contro i preposti?*
53. *Possono esercitarla i preposti contro i preponenti?*
54. *Continua.*
55. *Continua.*
56. *Responsabilità dei capitani di nave e degli armatori.*
57. *Continua. Danno recato dalle persone dell'equipaggio.*
58. *Continua. Responsabilità nel caso di urto di navi.*
59. *Continua. Danno recato da una persona dell'equipaggio all'altra.*
60. *Continua. Infortunii nel carico e discarico delle merci. Ritardo per vizii della nave.*
61. *Continua. Prova del caso fortuito e della forza maggiore.*
62. *La colpa del vettore è contrattuale.*
63. *I pubblici funzionarii non possono considerarsi commessi di coloro che li adibiscono.*
64. *Quando il committente risponde del danno consumato dalle persone adibite dai preposti.*
65. *Ipotesi in cui il commesso sia irresponsabile per età od altro motivo. Erronea dottrina del Chironi sulla responsabilità del committente.*
66. *L'amministratore di società è un preposto?*

Digitized by Google

1. I padroni e committenti sono responsabili pei danni cagionati dai loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze alle quali li abbiano destinati (art. 1153, fr. 1384). Il motivo di questa responsabilità si è desunto da ciò che allorquando noi commettiamo una incombenza ad una persona, dobbiamo essere cauti nella scelta; se essa esercitando l'incombenza reca danno ad altri, si presume la cattiva scelta, senza che si possa, come vedremo, dimostrare il contrario. Ma, anzitutto, è a vedere quale figura giuridica sia quella della commissione o preposizione.

Nel diritto romano abbiamo la figura dell'institore: « *institor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet; nec multum facit, tabernae sit praepositus an cuilibet negotiationi* » (1). Ma, come si può gestire un affare commerciale se ne può gestire uno civile; e da ciò il concetto generico della preposizione, della commissione. Questo contratto non debbe essere confuso nè col mandato, nè con la locazione d'opera, quantunque possano riscontrarsi delle affinità coll'uno o coll'altra.

Una distinzione si è creduta di fare col mandato, desunta dall'essere questo contratto, di regola, gratuito; ma potendo essere stabilito un compenso pel mandatario, la distinzione non ha importanza. Piuttosto deve desumersi dall'indole dell'incarico che viene dato ad una persona. Per effetto del mandato, il mandatario si obbliga di gestire un dato affare nel nome e nell'interesse del mandante; l'azione del mandatario è circoscritta entro limiti determinati, ed agendo entro tali limiti, il mandante è obbligato nè più, nè meno come se avesse agito egli stesso. Il mandatario agisce senza bisogno che sia dal mandante sorvegliato, e quest'ultimo non assume alcun obbligo pei danni che il primo possa recare ai terzi, quando non siano una conseguenza diretta della esecuzione del mandato. Ora, allorquando la persona incaricata di un dato affare agisca sotto la nostra diretta dipendenza e sorveglianza, non possiamo dire che quella data persona sia un nostro mandatario, ma è un commesso, un preposto; non è un nostro rappresentante, ma una

(1) Fr. 3 Dig., 14, 3.

Digitized by Google

persona che agisce sotto i nostri ordini, sotto la nostra vigilanza, e per ciò stesso siamo obbligati pel danno che commette, nè più, nè meno come se lo avessimo commesso noi stessi.

2. Talvolta si è confusa la commissione colla locazione d'opera (1). Sourdat ricorda con compiacimento di essere stato il primo a protestare contro tale confusione (2), e la giurisprudenza francese ha fatto omaggio all'insegnamento dell'illustre scrittore. Gli artigiani che sogliamo adibire a determinati lavori non sono per nulla nostri mandatarii, nè commessi; contrattando con loro, qualsiasi carattere di mandato sparisce per dare luogo alla locazione d'opera. Noi siamo costretti di giovarci dell'opera altrui per tutto ciò che non possiamo fare da noi stessi, perchè ognuno non può esercitare che la professione, l'arte, il mestiere proprio; mentre noi commettiamo ad altri ciò che potremmo fare, volendo, da noi stessi. Ora, come non rispondiamo del danno che i locatori d'opera risentono dall'esercizio del contratto, quando da parte nostra nessuna colpa intervenga, così non rispondiamo nemmeno quando essi recano danno a terze persone. Ogni artigiano, ben dice il Sourdat, è imprenditore dell'opera che tratta, e non può impegnare la responsabilità del conduttore. « Quale colpa mi si può rimproverare? Posso io direttamente sorvegliare l'esecuzione dei lavori? No, perchè bisognerebbe avere conoscenze tecniche che io non sono obbligato di avere. Bisognerebbe avere un'attitudine fisica che i lavoratori hanno, ed io non sono obbligato di esercitare da me stesso o per mezzo delle persone della mia casa una sorveglianza continua. Non si può nemmeno pretendere che io paghi un architetto per far ciò se i lavori di che trattasi sono della specie che l'operaio o falegname eseguono ordinariamente da loro stessi. Io non sono adunque colpevole di mancata sorveglianza. Nessuna istruzione, nessun ordine dovevo io impartire sulla maniera di eseguire i lavori della loro arte: non sono perciò colpevole di veruna negligenza ».

(1) Toullier, op. cit., n. 284; Larombière, sull'art. 1384, n. 10.
(2) Op. cit., n. 890.

Digitized by Google

Solo può rimproverarsi al conduttore dell'opera di avere adibito un operaio di notoria o di dubbia capacità per un lavoro che era alquanto difficile; in questo caso, osserva il predetto scrittore, può sorgere la responsabilità per quasi delitto.

3. Il falso concetto che il locatore d'opera rappresenti il conduttore è sostenuto anche dal Chironi; nessun dubbio, egli dice, che il locatore prestando un determinato servizio od una serie di servizi compresi nella funzione a lui affidata, non *rappresenti,* nel compierli, la persona del conduttore, il quale invece di compiere tali atti di per sè, incarica altri di compierli a suo nome e nel suo interesse. « Nella *richiesta* dell'opera e nell'attuarla che la persona *a ciò richiesta* fa nell'interesse del richiedente, si ha la ragione dell'attribuire, di fronte ai terzi, al locatore d'opera rispetto al conduttore, la figura determinata dal rapporto di rappresentante a rappresentato » (1). E poichè il fatto dell'incarico è comune al mandato, alla locazione d'opera ed alla commissione, l'autore ne desume che nella locazione d'opera havvi rappresentanza (2).

Ma come si distinguerà riguardo alla rappresentanza ed alla responsabilità la locazione d'opera dal mandato? Non dal mutarsi questo in quella a causa della remunerazione, chè sarebbe contrario alla legge. Ed allora il Chironi ricorre ad una distinzione speciosa. « Il carattere differenziale, secondo lui, si dovrebbe invece chiederlo al modo per cui si è manifestata la volontà dell'interessato al fine principale cui tende. Che se venne formata come delegazione diretta, immediata, di rappresentare la persona del costituente in un determinato affare, si avrà un mandato al quale la stipulazione nulla scema del suo carattere, e l'opera del mandatario nell'esecuzione dell'incombenza avuta, è conseguenza diretta della figura prescelta. Quando invece la volontà sia volta principalmente alle condizioni dell'opera, non si avrà mandato, sibbene *locazione, conduzione d'opera;* ma il concetto

(1) Loc. cit.
(2) *Colpa extrac.*. I, n. 163.

Digitized by Google

di rappresentanza sarà sempre insito nel fatto dell'agire per conto altrui » (1). — Questa distinzione non ha senso, perchè altro non significa se non questo: incaricando taluno per eseguire un dato affare, sorge la figura del mandato; prendendo in conduzione l'opera altrui si ha la locazione d'opera; e, certo, nell'uno e nell'altro caso è la volontà della persona che determina ciò che si vuole. Ma ciò che è contrario ad ogni principio di logica giuridica si è l'affermare che un contratto possa avere una data natura rispetto ai contraenti ed un'altra rispetto ai terzi. La volontà nostra si volge principalmente alle condizioni dell'opera, ed *allora non vi sarà mandato.* Benissimo; ma allora come potrà essere vero che « la locazione d'opera si presenta bensì direttamente, immediatamente nei rapporti fra conduttore e locatore, ma in rapporto ai terzi offesi dal fatto illecito di quest'ultimo, toglie il sopravvento la figura della rappresentanza, e che il locatore agisce nell'interesse e per conto del conduttore e ne è il rappresentante? » (2).

4. Tale dottrina non può in verun modo ammettersi; ogni contratto rimane tale quale è anche rispetto ai terzi; l'opposto è un assurdo. Ed è curioso che al Chironi non paia contradditorio ammettere la rappresentanza per fatti illeciti e negarla per gli atti leciti. Egli riconosce che i contratti stipulati tra il locatore d'opera e i terzi riguardano il locatore solo, perchè « non gli è data autorizzazione a tanto; è l'opera esclusiva sua che ha direttamente locato e che venne condotta, cosicchè ogni contratto stipulato in proposito coi terzi obbliga lui solo ». Ma se ciò è vero, come mai si può nello stesso tempo affermare che « rispetto al fatto illecito la rappresentanza spiega intieramente il suo effetto? » Perchè dovrebbe spiegare tale effetto? Si dice che « il limite derivante dal difetto di autorizzazione non può essere opposto al terzo danneggiato chiedente l'indennizzo al rappresentato, e ciò in virtù del fondamento dato all'obbligazione nascente dal delitto o quasi delitto, della quale non

(1) Loc. cit.
(2) Op. cit., n. 164.

Digitized by Google

può dirsi come nella contrattuale, dovere il terzo imputare a propria colpa se non conobbe la condizione della persona colla quale strinse negozio; di fronte ai terzi riconosce come fosse direttamente suo il fatto dell'agente al quale per proprio conto lo commise ». Ora, l'erroneità di questa costruzione è evidente. Se il locatore d'opera contraendo coi terzi obbliga lui solo, appunto per l'indole del contratto che non implica rappresentanza, come mai commettendo fatti illeciti in danno dei terzi può obbligare il conduttore? Perchè la rappresentanza che non ha luogo nel primo caso, ha luogo invece nel secondo? Indarno si ricorre al fondamento dell'obbligazione nascente da delitto o quasi delitto: l'essere fondata nella legge l'obbligazione di risarcire il danno prodotto ai terzi dal locatore d'opera non può immutare l'indole del contratto, non può fare allo stesso produrre effetti diversi da quelli che tale indole comporta. E così il concetto della rappresentanza viene completamente escluso dalla locazione d'opera.

5. Larombière ammette la responsabilità del conduttore d'opera ritenendo che l'operaio lavora sotto gli ordini e la direzione di colui che lo adibisce, mentre il contratto è di semplice locazione d'opera; nega poi la responsabilità quando il lavoro sia a cottimo (1). Però Sourdat decide la quistione in maniera per quanto recisa, altrettanto razionale, affermando che bisogna por mente in ogni caso se da parte del locatore d'opera vi sia verso il conduttore subordinazione reale *in fatto ed in diritto*. E veramente questo è l'unico criterio al quale bisogna riferirsi.

Talvolta può essere implicita anche la responsabilità del conduttore d'opera, quando p. e. incombesse a lui prendere determinate precauzioni imposte anche da leggi o da regolamenti. Così, se lavorando operai sopra un tetto cadano sulla sottostante via materiali e danneggino i passanti, il proprietario è responsabile per non aver avvertito il pubblico di evitare il transito sotto il fabbricato (2). Ma in questo

(1) Loc. cit.
(2) SOURDAT, n. 891 e Cass. 17 febbraio 1868, ivi cit.

Digitized by Google

e simili casi, il proprietario è responsabile non come committente, ma per effetto degli articoli 1151 e 1152 Cod. civ. Gli operai sono locatori d'opera, che nell'esercizio della loro arte o del loro mestiere non dipendono dal locatore. — Una persona compra le legna di un bosco ed incarica per suo conto dei carbonai per far carbone, pagando l'importo del lavoro per ciascun quintale. Secondo la suprema Corte romana si avrebbe in quella persona la figura del committente, il quale dovrebbe rispondere del danno commesso dai carbonai (1). Ma è chiaro che non possa sorgere in tal caso la figura della commissione, perchè quelli non lavoravano sotto la dipendenza del proprietario del bosco.

Bisogna quindi respingere assolutamente quanto è stato tal fiata ritenuto da qualche Corte suprema (2), cioè che adibendo un operaio per un dato lavoro, si incorra per ciò stesso nella responsabilità dell'art. 1153 del Codice civile. È un errore deplorevole! Così si è giunti fin anco a ritenere che il professore di chimica di un istituto sia un commesso, e quindi l'istituto debba rispondere del danno cagionato ad un alunno da un esperimento mal fatto (3).

6. E qui dobbiamo notare la contraddizione nella quale imbatte il Sourdat quando insegna che coloro i quali impiegano operai giornalieri sono responsabili del danno che costoro commettono nell'esecuzione o in occasione dei lavori (4). Un proprietario manda un lavoratore a dissodare un pezzo di terra vicino di un bosco; il lavoratore accende fuoco per distruggere le cattive erbe, ed il fuoco si propaga al bosco vicino. Il proprietario, dice Sourdat, è responsabile dell'incendio, perchè il lavoratore accese il fuoco durante il lavoro pel quale era salariato. E cita Merlin (5) ed una decisione della Corte di appello di Parigi (31 ottobre 1893). Ma l'operaio era forse in quel caso un commesso? No, era

(1) Decis. 27 maggio 1892 (*C. S. Rom.*, 1892, 444).

(2) Cass. Napoli, 20 dicembre 1886 (*Gazz. Proc.*, XXI, 480).

(3) Brescia, 27 giugno 1900 (*Legge*, 1900, 2, 415); Cass. Torino, 22 dicembre 1900 (*La Giur.*, 1901, 107).

(4) Op. cit., n. 901.

(5) Op. cit., v. *Incendio*, § 2, n. 9.

Digitized by Google

un semplice locatore d'opera come tutti gli operai che lavorano ad un tanto alla giornata. Ad essi non viene affidata una incombenza che debbano compiere sotto la dipendenza di chi li adibisce e sotto la loro vigilanza, e tutte le ragioni addotte dal Sourdat per escludere in loro la qualità di commessi e dipendenti valgono anche qui pel medesimo assunto. Il paragone non sta col mandriano, al quale si affida la custodia del gregge e che reca danno ad altri; è un preposto del padrone del gregge, il quale risponde del danno da quello commesso (1). — Ma gli operai adibiti da un imprenditore di lavoro, rimangono locatori d'opera, ovvero diventano preposti dell'imprenditore? Un operaio fumando nel luogo dove lavora fa prender fuoco a materie combustibili e quindi si produce un incendio. Sourdat approva talune decisioni che ritennero responsabile l'imprenditore (2). Sarebbe stato responsabile un proprietario qualsiasi se avesse adibito quel tale operaio per eseguire riparazioni alla propria casa? Nol crediamo, per tutte quelle ragioni che ha addotto lo stesso scrittore; nel semplice contratto di locazione d'opera il conduttore non risponde del danno del locatore, perchè questi non è un preposto. Ebbene, muta forse la qualità dell'operaio sol perchè venga adibito da un imprenditore? Tutti gli operai dell'imprenditore si mutano forse in preposti? No, essi rimangono sempre locatori d'opera, e gli imprenditori rispondono negli stessi casi in cui risponderebbe un proprietario qualsiasi che adibisse operai a tanto il giorno.

7. Non possiamo essere per nulla soddisfatti dal concetto della Commissione quale ci vien dato dal Laurent. L'illustre scrittore domanda che s'intenda per committenti e per preposti, ed osserva anzitutto che anche il domestico sia un preposto, quantunque il Codice par che abbia voluto fare dei domestici una categoria speciale di preposti. E su questo punto nessun dubbio; come nessun dubbio che il principio possa così formularsi: « ogni fatto che produce

(1) SOURDAT, loc. cit. V. le decisioni ivi cit.
(2) Op. cit., n. 901.

Digitized by Google

danno commesso da un preposto nell'esercizio delle sue funzioni dà luogo ad un'azione di responsabilità contro il committente » (1). Indi così scrive: « Non occorre distinguere la natura della convenzione che ha luogo tra committente e preposto. Può essere una locazione d'opera, come il contratto tra il padrone ed il domestico. Può essere un mandato. Poco importa; la legge non distingue e non vi è luogo a distinguere; colui che affida un servizio ad una persona è responsabile dei fatti dannosi di questa persona. La colpa del preposto sarà ordinariamente al tutto estranea al committente; poco importa; gli è imputabile nel senso che abbia fatto una cattiva scelta. Tale è il principio secondo il testo e lo spirito della legge » (2). È chiaro che a questo modo l'illustre scrittore confonde il mandato, la locazione d'opera e la commissione, e quindi applica la presunzione di responsabilità stabilita nell'articolo 1384 ai mandati, ai conduttori d'opera, come ai committenti. Ma dopo le osservazioni fatte nei numeri precedenti, non occorre immorare a far rilevare la confusione nella quale è caduto il Laurent, il quale assume poi di dimostrare la inesattezza della dottrina e della giurisprudenza nell'applicazione del principio.

La Cassazione aveva ritenuto che « un operaio di professione conosciuta e pubblicamente impiegato come tale, non possa essere considerato, relativamente a colui che l'impiega, come domestico o come preposto, se un fatto particolare non istabilisca alcun rapporto più intimo ». — Ignorasi, dice il Laurent, quale debba essere questo rapporto *intimo*: a questo modo si limita l'applicazione della legge. Ma è chiaro che la Cassazione non abbia ravvisato che una semplice locazione d'opera, quantunque non avesse detto in che avrebbe dovuto consistere quel tale rapporto. La Corte di Bordeaux nega la qualità di domestico ad un operaio che non è addetto alle persone o alle case di colui che lo fa lavorare; non è preposto di quest'ultimo perchè non lo rappresenta, non lo sostituisce giammai, ma agisce nei limiti della sua professione. Ma a questo modo, osserva

(1) Op. cit., XX, n. 571.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

lo stesso scrittore, non vi sarebbero mai preposti; qual è il proprietario il quale può far da sè ciò per cui incarica il preposto? « La legge non dice che il preposto sia un mandatario; dice che è impiegato in certe funzioni; si altera la legge quindi dicendo che il preposto debba essere un rappresentante del committente ». — Da banda però il concetto della rappresentanza; l'operaio, nel caso contemplato dalla Corte di Bordeaux, non era un preposto, ma un semplice locatore d'opera, appunto perchè *agiva nei limiti* della sua professione. Segue ancora lo stesso scrittore ad affermare che l'imprenditore sia un preposto di chi gli commette determinati lavori (1); ma questo errore è stato da noi altrove confutato.

8. L'errore del Laurent consiste, in primo luogo, nel ritenere che siccome l'articolo 1384 (it. 1153) parla di domestici e commessi, così la disposizione debba egualmente applicarsi ai domestici ed a tutti gli operai che, sia da imprenditori, come da semplici proprietarii, vengano adibiti per determinati lavori. In secondo luogo, ritiene essere indifferente che il proprietario sorvegli o diriga l'operaio, sotto il punto di vista che il proprietario debba ritenersi o no un committente. Secondo il suo avviso, questa dottrina introduce nel testo una distinzione che non esiste, opposta alla tradizione ed ai motivi sui quali la responsabilità del committente è fondata. Si tratta di una presunzione di colpa; forse la legge presume la colpa del committente per la ragione che abbia mal diretto il preposto o che non lo abbia sorvegliato? — No, egli dice, perchè simile disposizione dovrebbe ammettere la prova contraria, e dovrebbe ammettersi colla giurisprudenza che assai spesso non siavi responsabilità efficace pel danno cagionato dall'operaio, « Havvi più di un padrone che non sorveglia nè dirige i suoi domestici; tuttavia la legge dichiara il padrone responsabile in modo assoluto; ora essa mette il committente sulla stessa linea del padrone, dunque il principio debb'essere il medesimo. Si concepisce che unica disposi-

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

zione stabilisca due principii diversi, l'uno rispetto al padrone, l'altro rispetto al committente, quando il padrone non è che un committente? Se questi è responsabile perchè sceglie i suoi domestici, colui che sceglie l'operaio debb'essere del pari responsabile, e per la sola ragione che sceglie, nulla importando se diriga o non diriga » (1).

9. Ma anche in questo ragionamento la confusione non è poca, e l'errore logico si rivela ben chiaro. Certo, nè la dottrina, nè la giurisprudenza hanno inteso che un'unica disposizione di legge contenesse due principii diversi; ma quando la responsabilità si riferisce a padroni e committenti, è naturale che sorga il bisogno di determinare chi siano i committenti. Se la legge avesse parlato soltanto di committenti e preposti, anche pei padroni sarebbe stato il dubbio se avessero potuto annoverarsi nella categoria dei committenti; ma la legge ha espressamente contemplato tale categoria di persone, e nessun dubbio può sorgere. Il dubbio può aver luogo quando si tratti di determinare chi siano i committenti ed i commessi, e se colui che adibisca un operaio debba qualificarsi un semplice conduttore d'opera o un committente. Laurent suppone dimostrato quel che non è, cioè che l'operaio, comunque adibito, sia sempre un preposto, un commesso di chi lo adibisca. Ma il lavorio della dottrina e della giurisprudenza è stato precisamente su questo punto, cioè per riservare l'applicazione della legge ai casi di pura e semplice commissione, e non estenderla alle locazioni d'opera; e ciò facendo si applica unico principio alle categorie di persone contemplate dalla disposizione della legge. Ora, siccome questa non ha detto che la presunzione di responsabilità si applica, in generale, ai conduttori d'opera, ma ai committenti, è chiaro che laddove apparisca la semplice figura giuridica di locazione d'opera, la presunzione di responsabilità non possa applicarsi contro i conduttori.

Se ciò non può negarsi, quando l'operaio, locando l'opera propria, può diventare un preposto, un commesso di chi lo adibisca? Senza dubbio, quando lavora sotto la dipendenza,

(1) Op. cit., XX, n. 578.

Digitized by Google

sotto gli ordini di quest'ultimo, il che implica direzione o sorveglianza. Ma la legge nol dice, si obbietta. È vero; però la legge, che è un precetto, presuppone i principii, ai quali bisogna di continuo ricorrere, affinchè il precetto venisse rischiarato e razionalmente applicato. Nella specie, bisogna determinare la vera figura del committente, perchè la commissione non sia confusa colla locazione d'opera, ed altro criterio non puossi avere se non quello della dipendenza che si esplica colla direzione e colla vigilanza.

Che importa che parecchi padroni non dirigano, nè vigilino i loro domestici? Qui è il caso di dire che non si deve distinguere perchè la legge non distingue. Ma quando parlasi di committente, nessun dubbio che egli sia trattato alla stessa stregua del padrone: ma anzitutto non occorre indagare se committente vi sia? È un falso ragionamento adunque quello nel quale si aggira l'illustre scrittore; sol perchè il committente è assimilato al padrone deriva che ogni conduttore d'opera sia un committente? L'errore di questo modo di argomentare è evidente; occorre prima stabilire quando si abbia la qualità di committente e quando quella di semplice conduttore d'opera; e, lo ripetiamo, il criterio non può essere se non quello che dottrina e giurisprudenza hanno creduto di applicare. Quello della scelta non può qui applicarsi. Tale criterio giustifica la presunzione di responsabilità stabilita dalla legge contro i committenti, ma semprechè di committenti si tratti; ma sol perchè noi *scegliamo*, e con libertà di scelta, i mandatarii ed i locatori d'opera, nè gli uni, nè gli altri si mutano e diventano i nostri preposti, i nostri commessi.

10. Nè regge la critica che fa il Laurent a qualche decisione della suprema Corte francese e di quella belga. La prima ritenne in fatto che un proprietario avesse adibito un mietitore, del quale conosceva l'imprudenza e le abitudini pericolose; che lo avesse *scelto* e dedicato ad un lavoro che veniva eseguito *sotto l'autorità del proprietario.* Il mietitore che fumava lavorando produsse l'incendio di molta quantità di messe. La Cassazione (13 dicembre 1856) ritenne la responsabilità del proprietario per entrambi i due motivi

Digitized by Google

predetti, senza che, dice il Laurent (1), si possa conoscere quale sia stata la ragione decisiva. Ma è chiaro che la ragione determinante non abbia potuto essere se non quella che l'operaio lavorava sotto l'*autorità* del proprietario. Se fosse stato altrimenti, nessuna importanza avrebbe avuto la *scelta*, perchè questo solo fatto, come abbiamo veduto, non può far mutare il conduttore d'opera in committente.

Ben diversa è la specie che formò obbietto della decisione 6 luglio 1868 della Corte belga, quantunque Laurent la ritenga analoga. Un proprietario incarica un legnaiuolo di abbattere un albero, il quale cade sopra un biroccio e uccide una giovane. Il proprietario fu dichiarato responsabile dalla Corte di Gand e così dalla Cassazione, essendosi ritenuto che il legnaiuolo fosse stato un preposto. Ecco il principio della legge, dice Laurent. Ritenne ancora che il proprietario avesse avuto il diritto ed il dovere di dirigere il lavoro dell'operaio: ecco il principio della giurisprudenza. L'uno e l'altro principio riuniti giustificano l'applicazione dell'articolo 1384 (it. 1153) (2). Ma qui si rivela il solito errore del Laurent. Nè la legge, nè il principio ritenuto dalla giurisprudenza possono giustificare l'applicazione del principio predetto. La legge non dice che ogniqualvolta si adibisca un operaio per un dato lavoro, sorga la commissione; la giurisprudenza non dice nemmeno che adibendo un operaio si abbia l'obbligo di dirigerlo e vigilarlo, perchè altrimenti si avrebbe la commissione forzata. Purchè io adibisca un operaio che sia adatto ad un dato lavoro, non ho obbligo nè di dirigerlo, nè di sorvegliarlo; egli sa ciò che deve fare. Così, i contadini che io adibisco pel taglio o per la rimonda degli alberi sanno quel che debbono fare; li pago a giornata come locatori d'opera, e non ho l'obbligo nè di dirigerli nè di sorvegliarli. Avrei il diritto a ciò fare, senza dubbio; ma chi può obbligarmi? Ed ordinariamente, i proprietarii, lontani dai loro fondi, non esercitano tale facoltà per cui dovrebbero rimanere sui luoghi e dirigere e sorvegliare, senza dubbio, chi non ne abbia bisogno.

---

(1) Op. cit., XX, n. 579.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

È un'invenzione della giurisprudenza, dice Laurent, la condizione per cui la responsabilità del conduttore d'opera s'intende limitata al caso in cui egli diriga e sorvegli i lavori; non ricorreva nella specie decisa dalla Corte di Douai (operaio che lavorando sopra un tetto aveva fatto cadere mattoni nella via che ferirono un passante), e non ricorrerà quasi mai, poichè qual è il proprietario che conosca i mestieri di tutti gli operai che impiega? (1). Ed è appunto per questa ragione, rispondiamo noi, che non può farsi colpa al proprietario pel difetto di direzione e di vigilanza, e che nè l'una nè l'altra avendo luogo, non può farsi di ogni proprietario un committente, nel fine di presumerlo responsabile del danno consumato dagli operai che impiega.

11. Alcuni scrittori hanno insistito sul concetto di rappresentanza. Chironi osserva che « le linee generiche del rapporto di rappresentanza, in genere, si avvertono nel fatto che col sostituirsi altri nel compimento di un atto che si vuole effettuare nel proprio interesse o nel godimento di un diritto stipulato per sè, ma cui sia pur congiunta l'osservanza di determinate obbligazioni, il sostituente senza porre in essere col sostituito un vero e proprio rapporto di rappresentanza, o anche senza volerne porre in essere alcuno, fa giuridicamente per sè quel che fa per mezzo di altri » (2). Ma parci che a questo modo il concetto di rappresentanza si ponga e non si ponga in essere, e infine non si arriva a comprendere a che specie di rapporto dia origine il costituente. « Cosicchè, continua il Chironi, astraendo come di cosa non necessaria a spiegare la responsabilità sua sull'esistenza o meno di rapporto stretto col sostituito, e senza ricercare la specie giuridica, chè tale indagine varrà soltanto a determinare il suo diritto di regresso, il semplice fatto della sostituzione descritta lo rende responsabile verso i terzi, per colpa contrattuale se la sostituzione avvenne rispetto all'esecuzione di un'obbligazione, o per colpa extracontrattuale se l'ingiuria fosse recata dal sosti-

(1) Loc. cit., n. 579.
(2) *Colpa contratt.*, n. 201 *ter*.

Digitized by Google

tuito all'infuori di alcun rapporto di obbligazione che avesse ». Or bene, tutto ciò implica contraddizione. Non si comprende come si possa parlare di responsabilità del sostituente *astraendo come di cosa non necessaria* dal rapporto giuridico tra sostituente e sostituito. Che cosa sarebbe il *semplice fatto della sostituzione?* Quale figura giuridica metterebbe in essere?

L'autore ritorna sul concetto di rappresentanza perchè immediatamente soggiunge: « è dunque il fatto della rappresentanza che determina la responsabilità del sostituente, il quale col sostituire ha posto in essere un fatto personale suo per cui il sostituito si trova soggetto alla sua dipendenza, ond'è determinata la rappresentanza che è ragione della responsabilità osservata » (1). Ma il concetto di rappresentanza è desunto da quello di dipendenza? Chironi non ne dubita: « È al concetto della dipendenza che bisogna por mente per intendere come la sostituzione generi la rappresentazione del sostituente: certo in esso è pur contenuto l'obbligo della sorveglianza; ma che il sostituente non abbia adempiuto a questo dovere, oppure vi compia direttamente o per mezzo di altri, ciò poco rileva per la costruzione della responsabilità; egli risponde perchè il suo dipendente è per ciò suo rappresentante. La quistione della sorveglianza commessa ad altri per suo conto influirà rispetto all'azione di regresso che gli può competere; ma non entra, salvo i fatti speciali, nelle determinazioni della responsabilità ma in qualità di committente ». A questo modo, i due concetti, di rappresentanza e di dipendenza, figurano come causa ed effetto reciprocamente. Se si vuole il concetto della prima, bisogna ricorrere alla seconda; se quello della seconda, bisogna ricorrere alla prima.

12. Ma è ovvio che il concetto di dipendenza non implichi quello di rappresentanza, e ne conviene lo stesso Chironi. I locatori d'opera che sono sotto la dipendenza dei conduttori per l'esecuzione dell'opera istessa obbligano i conduttori per le malefatte in tale occasione; ma se non

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

rivestono la qualità di commessi i locatori d'opera, come mai pel solo fatto della dipendenza può farsi risalire la responsabilità ai conduttori? Non possiamo fare a meno dal riferire il ragionamento dell'illustre scrittore: « Vero è che a rigor di termine qui non dovrebbe dirsi di commissione, perchè il locatore d'opera non riveste per questa sola qualità il carattere di preposto del conduttore, mentre il preposto rappresenta il committente in modo che la sua persona nei rapporti coi terzi e nei limiti della preposizione è la persona del preponente; vero che la legge ordinando la responsabilità pei quasi delitti, distingue espressamente i *padroni ed i committenti* pel danno commesso dai loro domestici o commessi; ma l'identità dei concetti che in entrambe le ipotesi giustificano la responsabilità, consente di estendere anche a casi dove non parrebbero molto proprie le espressioni di committente e commesso. Tanto più che nella commissione propriamente detta, secondo s'è già osservato, la rappresentanza vera manca e la legge regolando la responsabilità del committente pei fatti del suo commesso, intende i due termini come valessero rappresentante e rappresentato, essendo appunto la rappresentanza la ragione della responsabilità ordinata » (1).

A questo modo non si riesce che a rabbuiare ogni principio scientifico. Da una parte il preposto rappresenta tanto il committente, che, nei rapporti coi terzi, le due persone si confondono; dall'altra, la *rappresentanza vera manca;* e, come se ciò non bastasse, si dice che la legge positiva intenda i due termini di *committente e commesso* nel senso di rappresentante e rappresentato.

13. Alla stregua della teoria anzidetta, non si giustifica la responsabilità dei conduttori d'opera pel fatto dei locatori. Siamo in tema di locazione d'opera e la rappresentanza non c'entra affatto. O il locatore non è sotto la dipendenza, ed egli non fa che prestarci un servizio retribuito; ogni concetto di rappresentanza è assolutamente estraneo, come lo riconosce lo stesso Chironi. Ovvero agisce

(1) Op. cit., n. 201 *quat.*

Digitized by Google

sotto la nostra dipendenza, ed allora è un semplice strumento nostro, perchè chi ordina, chi dispone, dirige, è direttamente responsabile verso i terzi e verso il locatore istesso, e non è vero che risponda in *virtù della rappresentanza insita nel fatto della costituzione descritta* (1); altrimenti del contratto di locazione d'opera si fa una commissione, un mandato. Eppoi, come si afferma che in legge positiva committente e commesso equivalgano a rappresentante e rappresentato? Nulla autorizza questa affermazione, e quando il Codice distingue i padroni ed i domestici dai committenti e commessi, come può dirsi che vi sia identità di concetto? I domestici rappresentano forse i padroni? Essi non sono che locatori d'opera, e la responsabilità che pel fatto loro la legge addebita ai padroni è fondata su tutt'altro principio che non sia quello della rappresentanza.

E non si giustifica colla teoria della rappresentanza nemmeno la responsabilità dei committenti. Se l'atto di chi pone in essere la rappresentanza in genere è per l'ordinario legittimo, scrive Chironi, non lo è quando avvenisse in tale condizione di cose che abbia qualità di *illegittimo*, di *colposo*. E può essere tale oggettivamente e soggettivamente, secondo che la sostituzione fosse addirittura vietata, ovvero la scelta sia caduta su persona non capace; e si ha qui una colpa iniziale che dev'essere valutata secondo il grado di diligenza relativo al negozio cui la rappresentanza si riferisce, anche se contro il rappresentante si agisca in responsabilità extracontrattuale (2).

Dunque, stando al concetto di rappresentanza, il rappresentante dovrebbe solo essere responsabile se possa rimproverarglisi colpa *in eligendo*, a causa di sostituzione vietata, ovvero di scelta su *persona non capace*. E come va allora che « questa colpa iniziale dev'essere valutata secondo il grado di diligenza relativo al negozio cui la rappresentanza si riferisce, anche se contro il rappresentante si agisca in responsabilità per colpa extracontrattuale? » Forse che provando di avere usata tutta la possibile diligenza, la colpa

(1) Chironi, loc. cit.
(2) Op. cit., n. 202.

Digitized by Google

iniziale potrà essere del tutto eliminata? « In conseguenza di tal colpa (quella iniziale), il rappresentato dovrebbe rispondere di qualunque ingiuria fosse commessa dal rappresentante nell'esercizio del negozio commessogli se la illegittimità è oggettiva (sostituzione vietata), e della non imputabilità del fatto dell'agente non si terrà conto se essa fosse soggettiva (cattiva scelta); la sua responsabilità qui si collega ad una colpa iniziale che la determina direttamente » (1).

A questo modo la teoria della rappresentanza sparisce perchè in fin dei conti è la originaria colpa *in eligendo* che fa sorgere la responsabilità. E come mai, se non fosse per tale colpa, il rappresentato potrebbe essere responsabile della colpa aquiliana del rappresentante? Questi non potrebbe essere responsabile se non nei limiti della rappresentanza; eccedendo tali limiti, ciascuno è responsabile del fatto suo, e non si può invocare una rappresentanza a mal fare. Questo è l'argomento che può opporsi a coloro che vogliono lo Stato responsabile civilmente pei delitti e quasi delitti dei funzionari rispetto agli atti d'impero. Questa teoria della rappresentanza invoca il Ranelletti per sostenere quella responsabilità (2).

---

(1) Loc. cit.

(2) Contro la teoria del Chironi, osserva con molto acume il Ferrini: « Se l'atto posto dal domestico o dal commesso fosse *ope juris* proiettato sulla persona del padrone o del committente, che parrebbero averlo personalmente compiuto (il Chironi non si perita parlare in questo caso di *responsabilità per fatto proprio*. giacchè il diritto fa proprio di lui l'atto del domestico o del commesso!), non s'intenderebbe perchè possa in questi casi sorgere una doppia responsabilità e rispondere cioè tanto il committente quanto il commesso, con vincolo solidale, com'è in tutta questa materia. E non si capirebbe come mai, se il commesso uscisse improvvisamente pazzo non debba rispondere del male che egli arreca ai terzi il committente; poichè l'atto, sebbene posto da persona non imputabile, verrebbe dal diritto proiettato sulla persona di chi è imputabile, e viceversa non si capirebbe perchè risponda il committente incapace (pazzo, bambino, ecc.) dell'atto del commesso capace; giacche qui l'atto sarebbe proiettato su persona inimputabile, quasi posta da essa, e però non dovrebb'essere oggetto di responsabilità ». *Del. e quasi del.*, n. 147.

Anche il Giorgi, criticando la dottrina della rappresentanza, rileva che non sorge nè da Pothier, nè dai lavori preparatorii del codice

Digitized by Google

14. Bolaffio ha criticato la dottrina del Chironi (1), secondo la quale dottrina la responsabilità del committente poggerebbe sul principio della rappresentanza, confondendosi la personalità giuridica del rappresentante (il commesso) con quella del rappresentato (il committente). Osserva il Bolaffio che il rapporto tra le dette due persone sia di locazione d'opera e può anche essere di mandato; il che esclude che si possa parlare di facoltà di obbligare e di obbligarsi in nome e per conto di altri. Il commesso o il domestico, egli dice, è un istrumento umano tecnico; costituisce o aumenta l'attività materiale del padrone. Il rappresentante è invece un organo giuridico con cui si trasmette il consenso del rappresentato al terzo contraente per dar vita ad un rapporto giuridico, per eseguirlo o per estinguerlo. Nella violazione del diritto altrui alla integrità della persona o dei beni, rappresentanza non può esistere tranne che si tratti di mandato a deliquere; nel qual caso però la responsabilità penale del mandante e del mandatario dipende da fatti distinti per quanto possa riunirli civilmente la solidarietà dell'obbligo all'indennizzo (art. 1156 Codice civile). Che se per età o infermità di mente, il commesso è assolto da ogni responsabilità, come si potrebbe fare risalire al committente, rappresentato, la responsabilità civile? La giustificazione del Chironi, il quale parifica al caso fortuito il fatto dell'irresponsabilità e qualifica colpevole quello del committente, che ha preceduto e determinato il *caso,* non appaga, dice il Bolaffio; il quale richia-

---

francese, e così scrive: « Non si rappresenta chi sotto la nostra dipendenza esegue incombenze di cui la nostra persona non apparisce menomamente. Lo stalliere che ci striglia il cavallo, il cuoco che attende alla nostra cucina, il cameriere che tien cura dei nostri abiti e delle nostre stanze, il portiere che ci annuncia la presenza degli amici e dei visitatori non compiono certo incombenze in cui si possa vedere immedesimata la persona nostra: non sono rappresentanti del padrone. E chi volesse sostenere il contrario, violerebbe non solo il codice civile, ma quello ancora della serietà e del buon senso ». Op. cit., V, n. 252 *ter*.

(1) Questa dottrina fu poscia svolta nel *Trattato sulla colpa extracontrattuale*, vol. I, n. 156, e vol. II, n. 272 e segg.

Digitized by Google

mando all'art. 1153 Cod. civ. osserva che tale articolo si occupa esclusivamente della responsabilità per fatto altrui, cioè del danno recato da persone delle quali si deve rispondere, e tra essi annovera il commesso ed il domestico. Dunque, egli conchiude, la rappresentazione non è concetto che razionalmente e legalmente giustifichi la responsabilità civile, rigida, assoluta, del committente (1).

E lo stesso scrittore critica altresì la dottrina che attribuisce al committente la responsabilità per difetto di direzione e di vigilanza. Non ammettendo come fondamento della responsabilità la scelta deficiente, tanto meno, dice il Bolaffio, può ammettersi il difetto di vigilanza, pensando ai casi nei quali essa è impossibile e all'ingiustizia in cui s'incorre negando la prova al committente di avere o con le istruzioni preventive o con le previdenze umanamente possibili sorvegliato il commesso nel suo lavoro, sebbene il danno sia stato del pari cagionato.

15. Ma il Bolaffio ritiene che il concetto della rappresentazione sia più giuridico di quello della scelta e della vigilanza, e crede che con *leggiera modificazione* si possa *più correttamente* determinare il nesso giuridico fra committente e commesso, in maniera che ne venga fuori una teoria che possa ritenersi la sola idonea a giustificare le disposizioni della legge. Seguendo però il predetto scrittore nei suoi ragionamenti, è facile accorgersi com'egli faccia a meno del raziocinio che trova eccessivamente sottile nella teoria della rappresentazione. « Il commesso, egli dice, agisce nell'interesse del principale. Non lo rappresenta nel senso giuridico, ma adempie una incombenza, un incarico per lui, nel suo esclusivo profitto. I terzi vengono a contatto col commesso quando ha assunto la qualità d'incaricato; e nella esecuzione dell'incarico subiscono un danno. È dunque giusto che le conseguenze di questo siano sopportate da chi volle sostituire a sè, nello svolgimento della sua attività materiale, un terzo, come lo sopporterebbe se egli medesimo, direttamente, avesse recato il danno. *Cujus com-*

(1) V. *Foro It.*, 1890, 1, 128.

Digitized by Google

moda, ejus incommoda. Non si tratta di confusione giuridica di rappresentante e rappresentato, bensì di fare risalire le conseguenze dell'atto a colui nel cui interesse fu compiuto o doveva compiersi ». Ed ecco sparito il concetto della rappresentanza! Ma a che varranno quello della scelta e l'altro della vigilanza? « La scelta e la vigilanza, secondo il Bolaffio, meglio che quali giustificazioni del precetto, valgono quale misura preventiva pel committente e sono garanzie sociali contro colpevoli od imprudenti delegazioni di ufficio. Chi conosce la responsabilità che gli incombe pel fatto delittuoso o colpevole del proprio commesso è cauto nella scelta; ne dirige e vigila l'opera quanto più la sa pericolosa. Ma se il danno avviene, nè la scelta accurata, nè la vigilanza assidua valgono ad escludere o a diminuire la responsabilità. Il commesso agiva nell'interesse del committente; nulla di più giusto quindi che questi, anche a garanzia della sociale convivenza, risponda di un risarcimento altrimenti illusorio ».

15 *bis.* « Commesso, secondo il Giorgi, è colui che eseguisce per conto altrui un ufficio, una circostanza qualunque, sia o no retribuito, purchè, si noti bene, sotto la dipendenza e sorveglianza, se non di fatto, almeno giuridica del committente » (1). Che cosa possa essere questa *sorveglianza giuridica* non si comprende bene; anche il Ferrini (2), a proposito della stessa espressione usata dalla Corte d'appello di Venezia, trova che la predetta sorveglianza altro non possa essere che la stessa dipendenza.

Giorgi ritiene *circostanza rigorosamente essenziale* quella della sorveglianza almeno giuridica, ed all'essere stata talvolta dimenticata attribuisce gli equivoci dottrinali non ancora intieramente dileguati, d'altra parte però soggiunge che mentre non possa disconoscersi il diritto di sorveglianza quando il preponente siasi riservata la facoltà di dare ordini o almeno istruzioni al preposto, venga meno tuttavia in tre casi: *a)* quando il commesso si trovi già sotto la

(1) Op. cit., V, n. 327.
(2) *Delitti e quasi delitti.* n. 150.

Digitized by Google

dipendenza di altra persona diversa dal committente, la quale non sia sotto gli ordini di costui; *b)* quando le relazioni contrattuali tra preponente e preposto siano tali dal asciare a quest'ultimo libertà illimitata nell'esercizio della sua incombenza; *c)* quando tali incombenze richiedano cognizioni speciali ignote al committente ed il danno sia per l'appunto conseguenza del modo con cui il commesso, perito nell'arte sua, l'ha voluto esercitare (1). Da questi equivoci dottrinali, dice l'autore, è nata la teorica della rappresentanza « perchè non si è avvertito che la *ratio legis*, come apparisce dai motivi, riposa esclusivamente sulla dipendenza » (2).

Si rimane sorpresi non poco da quest'ultima affermazione. Dunque il concetto della sorveglianza, nè di fatto, nè giuridica, va escluso come rigorosamente essenziale alla commissione; ed infatti il Giorgi esclude la responsabilità del committente in parecchi casi in cui il commesso agisce sotto la dipendenza di altra persona e non del committente (3). Adduce ancora altri esempi in cui il preposto abbia illimitata libertà di agire nell'esercizio delle sue incombenze e quindi non impegna la responsabilità del committente. Ma ci permettiamo notare che gli addotti esempi non riguardano la commissione. Se la giurisprudenza ha ritenuto che il proprietario di un fondo rustico non risponde del fatto del colono, mezzadro o conduttore, ciò ha luogo perchè a nessuna di tali persone può attribuirsi la qualità di commesso. Lo stesso per chi dà a cottimo un'impresa; non risponde del fatto dell'imprenditore perchè questi non ne è il commesso.

Ed eccoci al terzo caso, quando, cioè, per difetti di cognizioni tecniche, il committente non possa invigilare il commesso nell'esercizio della incombenza. Il Giorgi osserva che Laurent (4), Larombière (5), Demolombe (6) hanno negato

(1) Loc. cit.
(2) Loc. cit.
(3) V. op. cit., V, n. 328.
(4) Op. cit., XX, n. 580.
(5) Op. cit., sull'art. 1382 e 1383, n. 10.
(6) Op. cit., VIII, n. 610.

Digitized by Google

che debba escludersi la responsabilità del committente sol perchè non abbia potuto esercitare la vigilanza sull'operato del commesso; ma egli crede necessario di chiarire l'equivoco, e ritorna alla distinzione predetta tra la possibilità giuridica della sorveglianza e la sorveglianza di fatto — della quale distinzione avrebbe potuto l'illustre autore fare a meno, perchè ad altro non può giovare se non ad accrescere ancora più la confusione e l'equivoco.

Tuttavia egli riconosce che la maggior parte degli scrittori e la giurisprudenza abbiano negato la responsabilità del committente quando l'esercizio della incombenza richieda cognizioni tecniche che egli non abbia; e non a torto, dice il Giorgi, perchè quando conosca la cognizione dell'arte o della professione, viene a mancare per indeclinabile necessità il potere di dare istruzioni e dirigere l'esecuzione dell'incarico (1). Ma l'illustre autore non s'è accorto che in tali casi non abbiamo la figura della commissione, bensì della semplice locazione d'opera, come sorge dagli esempi che adduce. « Un proprietario, supponiamo, chiama un falegname e un muratore di notoria valentìa nell'arte loro, per munire di persiane e di balconi le finestre della sua casa. Egli forse potrà inculcare all'uno e all'altro di usare tutte le precauzioni prescritte dall'arte e dall'esperienza per evitare i danni che possono derivare da cadute di materiali o da altri perigliosi accidenti; ma detto questo egli ha fatto tutto il dover suo, e sarebbe indiscretezza pretendere che egli desse maggiori suggerimenti sotto pena di far più male che bene, o almeno di non essere obbedito da chi ne sa più di lui » (2). Ma, lo ripetiamo, l'illustre scrittore non s'è accorto che recava esempi di pura locazione d'opera e non di commissione. Quel tale proprietario non sarebbe un committente, ma un conduttore d'opera, che risponde soltanto del fatto proprio, della propria colpa, come abbiamo già fatto notare.

Ferrini respinge la teoria del Chironi fondata sul principio della rappresentanza; respinge quella sostenuta anche

(1) Loc. cit.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

dal Giorgi, fondata sulla possibilità della vigilanza. Non bastano, egli dice, i semplici rapporti di mandato e di locazione d'opera, se non si afferma il vincolo di suggezione e di dipendenza e quindi conchiude che rientrano nel concetto di commesso: *a*) tutti coloro che, salariati o no, stabilmente dipendono da qualcuno per qualsiasi ufficio; *b*) quelli che accettano un ufficio manuale da eseguirsi in conformità alle ricevute istruzioni (1). Determinata a questo modo la detta categoria di persone, non crediamo possa accettarsi. Tutti i locatori d'opera eseguono il loro lavoro secondo le ricevute istruzioni; e se tutto dipendesse da tale circostanza, non vi sarebbe locatore d'opera che non fosse commesso.

15 *ter*. Ferrini (2) qualifica come la più infelice delle teorie quella che ha ritenuto la responsabilità dei padroni e commitenti come derivante da fatto proprio, quasi che per legge il fatto altrui venisse a noi attribuito. Si risponde sempre del fatto altrui, quand'anche padroni e committenti non fossero in colpa, avendo fatto tutto ciò che potevano per impedire il fatto dei domestici e dei commessi; laonde, tra questa e la precedente categoria di responsabilità per fatto altrui, corrono, come ben osserva il predetto scrittore, due inversioni di regole. Là si risponde se si è in colpa per omessa vigilanza; qui si risponde anche se non si versa affatto in colpa; viceversa, là si risponde anche se lo agente non è in colpa, qui non si risponde se non quando l'atto sia imputabile allo agente. E dopo queste osservazioni di una esattezza ammirevole, domanda l'illustre scrittore qual sia il fondamento di una così irregolare responsabilità, e rimprovera alla gran maggioranza dei dottori l'avere allegato la presunzione *juris et de jure* di colpa in *eligendo* o *in vigilando*.

È vero che addurre una presunzione *juris et de jure*, come addurre una finzione, non equivalga a spiegare un fenomeno giuridico, *perchè le presunzioni assolute e le finzioni*

(1) *Del. e quasi del.*. n. 148.
(2) Monogr. cit., n. 147.

Digitized by Google

non sono che lo stesso problema in forma diversa. Ma è imputabile alla teoria della presunzione se talvolta innanti i tribunali si è cercato di scuotere la presunzione stessa, asserendo di volere dimostrare le irresponsabilità del committente perchè a lui non imputabile colpa nè in *vigilando* nè in *eligendo?* Finchè non si sarà sgombrato il terreno da questa fallacissima dottrina della presunzione, dice il Ferrini, assisteremo sempre a nuovi conati di restringere la portata dell'articolo 1153 e d'impedirne l'applicazione ove mancherebbe anche la possibilità astratta del verificarsi della presunzione (1); e ricorda essere numerose le sentenze in cui si sente il bisogno di respingere la tesi che la carenza di colpa nel padrone o nel committente possa escludere la responsabilità. E noi soggiungiamo che tale giurisprudenza è degna di lode, ma la teoria della presunzione non merita punto l'accusa che gli si è mossa. Senza dubbio, la presunzione, per sè stessa, nulla spiega; bisogna risalire alla ragione che l'abbia determinata. Ma non comprendiamo come la dottrina della presunzione debba ritenersi *fallacissima* perchè tale debba renderla il fatto di aver voluto allegare talvolta la prova in contrario. Non fu necessario alla giurisprudenza di affermare che trattavasi di una presunzione *juris et de jure?* Sia pure fondata questa presunzione sulla colpa in *eligendo* o in *vigilando;* sia pure fondata sulla teoria dei *commoda* e degl'*incommoda,* dal momento che riconosce non essere concessa la prova in contrario, come per la responsabilità delle altre persone indicate nell'art. 1153 cod. civ., la dottrina non è nè erronea, nè fallace, e le preoccupazioni del Ferrini non sono per nulla giustificate.

Secondo il modo di vedere del predetto scrittore, è da accogliersi la teoria dei *commoda* e degli *incommoda.* » Il committente o il padrone è colui che ha messo in moto l'attività del commesso o del domestico, che di questa attività gode i vantaggi, che tale attività rivolge ai proprii fini; sembra quindi giusto che gli effetti giuridici di tale attività ricadano su di lui e com'egli sente il vantaggio dell'opera

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

di un servo o commesso probo, attivo, zelante, così sente a preferenza degli altri lo svantaggio di un servo o commesso scioperato » (1). Della quale teoria il lettore potrà fare il giusto apprezzamento dopo quanto ne abbiamo già detto.

Qui notiamo soltanto come certe accuse fatte dal Ferrini alla teoria cosidetta della presunzione non si giustificano affatto. A proposito della condizione richiesta dalla legge, cioè, che il danno sia recato dal commesso o dal domestico nell'esercizio della incombenza, il predetto scrittore addita un risultato severo al quale, secondo il suo avviso, debbono arrivare i sostenitori della teoria predetta. « Il contadino che lavora nel mio giardino scavalca il muro e ruba le pesche al vicino; se — giusta la condannata dottrina della presunzione — io devo invigilarlo mentre lavora, certo ne dovrei rispondere, poichè se ha potuto far questo, è perchè non fu continuamente invigilato. Ma, secondo le altre più ragionevoli dottrine, il fatto non avendo rapporto colle incombenze affidate, non risale alla responsabilità del principale » (2). E non risale nemmeno secondo la teoria della presunzione, e secondo qualsiasi teoria, perchè manca la condizione voluta dalla legge; cioè la connessione del fatto dannoso coll'esercizio della incombenza.

15 *quat.* Scrive altresì il Ferrini: « Perchè la responsabilità si avveri, non occorre colpa nel committente o padrone, anzi, neppure una possibilità astratta di colpa; risponde anche il padrone pazzo o infante, e questa è la più rude smentita della vieta dottrina della colpa presunta » (3). Ma anzitutto non comprendiamo come possa esservi un padrone pazzo o infante, che abbia persone sotto la propria dipendenza e delle quali debba rispondere, nè l'uno nè l'altro assumendo responsabilità, nè civile nè penale, per quanto possano avere operato. Il caso potrebb'essere quello in cui un padrone o committente impazzisca all'improvviso, e tuttavia il domestico o il commesso continui ad agire.

---

(1) Loc. cit.
(2) Monogr. cit., n. 152.
(3) Monogr. cit., n. 153.

Digitized by Google

Ebbene, se in tal caso si ritenga perdurare la responsabilità del padrone o committente, ciò lungi dallo smentire la dottrina della colpa presunta, la conferma. Astrazion facendo dalla presunzione di colpa, come potrebbe spiegarsi quell'immanenza della responsabilità? Colla teoria dei *commoda* e degli *incommoda*, non dovrebbe invece venir meno la responsabilità del committente e del padrone dal momento che costoro non siano capaci di giudicare sui vantaggi che possono loro derivare dall'opera dei loro commessi e domestici?

E poichè ci siamo occupati dell'esempio addotto dal Ferrini, un'ultima osservazione crediamo sia utile a farsi. Egli ha insistito sul concetto della *dipendenza*, come elemento necessario per la commissione, e noi abbiamo fatto omaggio a tale dottrina; ma se una persona per le condizioni di mente in cui trovavasi, non era responsabile dei proprii atti, sarà responsabile dell'operato dannoso di colui al quale abbia affidata la commissione? E se, per lo stesso motivo, non potè poscia rendersi edotto dell'opera del commesso e la *dipendenza* a nulla sia giovata, quali saranno le conseguenze?

Al primo quesito parci si possa rispondere negando addirittura qualsiasi responsabilità del padrone o committente, argomentando dall'art. 336 del Cod. civ. e dalle regole sulla validità del consenso. Non così agevole appare la risposta al secondo quesito. Tuttavia, secondo il nostro avviso, potrebbe ragionarsi così: il committente può, salvo le ragioni dei terzi, revocare la commissione in qualunque momento gli piaccia; ora, se ciò non potrà fare perchè nell'assoluta impossibilità di farlo, s'intende che perduri la commissione, sino a quando la revoca venga fatta dalla persona che lo rappresenti legalmente? Non crediamo che ciò possa ammettersi; ragione di analogia troveremmo col mandato, per ciò che si riferirebbe alla interdizione o alla inabilitazione del padrone o committente (art. 1757 Cod. civ.): ma non essendo pronunziata la interdizione o la inabilitazione, parci che si debba argomentare sempre dall'art. 336 del Cod. civ. per escludere la responsabilità di chi non trovasi, da un dato momento in poi, nella condizione di poter revocare la commissione.

Digitized by Google

16. Ma dunque quale sarà la giustificazione del precetto? Se consultiamo i lavori preparatorii del Codice francese, osserviamo come la giustificazione della responsabilità del committente non appaia ben determinata. Tarrible, nella relazione del Tribunato (1), rileva la giustizia che informa il principio generale per cui chi reca danno ha l'obbligo di risarcirlo; ma immediatamente soggiunge che il danno allora soltanto è risarcibile quando sia l'effetto di colpa o d'imprudenza; se non può essere attribuito a questa causa, allora è *un'opera del caso di cui ciascuno sopportar deve i capricci.* Da questo principio, egli dice, deriva la responsabilità del proprietario degli animali e quella del proprietario, il cui edifizio rovini perchè mal costruito o conservato. Dallo stesso principio deriva anche la responsabilità più importante pronunziata dall'art. 1384 contro il padre, la madre, i padroni, i committenti, gl'istitutori ed artigiani, pei danni cagionati dai figli minorenni, dai domestici, dai preposti, dagli allievi ed apprendisti. « Essi sono investiti di un'autorità sufficiente per tenere a freno i loro subordinati e farli stare nei limiti del dovere e del rispetto dovuto alla proprietà altrui. Se i subordinati li oltrepassano, questi traviamenti sono con ragione attribuiti al rilassamento della disciplina domestica, che trovasi in mano del padre, della madre, del committente, dell'istitutore o dell'artigiano. Questo rilassamento è una colpa e forma una causa di danno indiretto, ma sufficiente per far cadere su di essi il peso della riparazione. Questa responsabilità è necessaria per tenere vigilante l'attenzione dei superiori sulla condotta dei loro inferiori, e per ben ricordare gli austeri doveri della magistratura che esercitano. Tale vigilanza non può esercitarsi se non in quanto le persone le quali vi sono sottoposte si trovano sotto gli occhi di coloro che debbono vigilarle. Epperò la responsabilità del padre, ed in sua mancanza quella della madre riguarda soltanto i figli minori i quali abitino con essi. Quella dei padroni e committenti ha luogo soltanto pel danno cagionato dai loro

(1) Sed. 19 piov., a. XII.

Digitized by Google

domestici e preposti nelle funzioni alle quali essi li hanno impiegati. Quella degl'istitutori ed artigiani riguarda il danno recato dai loro allievi e garzoni durante il tempo che sono sotto la loro direzione. Cessa riguardo a tutti se provano di non aver potuto impedire il fatto che vi dà luogo. La responsabilità infatti non può riguardare colui che sia esente da ogni rimprovero ».

17. L'unicità di concetto è evidente nella relazione del Tarrible. Genitori, istitutori, artigiani, padroni, committenti, tutti sono sottoposti ad una responsabilità derivante dal difetto di vigilanza, dal *rilassamento che è una colpa*. Invece Bertrand de Greville distingue il fondamento della responsabilità dei committenti da quella dei genitori, istitutori ed artigiani. I committenti non possono mai allegare la impossibilità in cui furono di impedire il danno cagionato dai loro domestici nelle funzioni che loro furono affidate. Bertrand muove dal principio romano contenuto nel fr. 1° Dig., 14, 3, e poscia lo chiarisce alla stregua di quello della cattiva scelta. « Non è forse il servizio del quale il padrone profitta che ha prodotto il male che egli è obbligato di riparare? Non deve egli rimproverarsi di avere accordato la sua confidenza ad uomini cattivi, poco accorti o imprudenti? E sarebbe mai giusto che i terzi fossero vittime di questa confidenza inconsiderata, che è la prima causa, la vera sorgente del danno che soffrono? La legge dunque non fa qui che ratificare ciò che l'equità comanda, ciò che frequenti e spiacevoli esempi rendono necessario, e quello che la giurisprudenza di tutti i tempi e di tutti i paesi ha consacrato ». Ecco espressa in maniera ben chiara la teoria della mala scelta, e ben delineata la differenza tra la responsabilità dei genitori, istitutori, ecc., e quella dei committenti; mentre le due specie di responsabilità sono confuse nella relazione del Tarrible.

18. E la dottrina che possiamo chiamare della cattiva scelta era sostenuta dal Pothier, l'autorità del quale fu prevalente nella formazione del Codice. In poche parole il celebre scrittore compendia tutta la teoria giuridica sul-

Digitized by Google

l'assunto. « I padroni sono anche responsabili dei danni cagionati dai delitti e quasi delitti dei loro domestici od operai che impiegano per qualche servizio. Lo sono anche nel caso in cui non sarebbe stato in loro potere di impedire il delitto o il quasi delitto allorquando i delitti o quasi delitti siano commessi dai detti domestici od operai nell'esercizio delle funzioni alle quali siano stati impiegati dai loro padroni, quantunque nell'assenza di questi ultimi; il che è stato statuito per rendere i padroni attenti nel non servirsi che di buoni domestici » (1).

Toullier (2) ricorda le due relazioni al Tribunato e ritiene che il vero senso della disposizione dell'articolo 1384 (it. 1153) debba desumersi da quella di Bertrand de Greville, il quale riproduceva la dottrina di Pothier; cita ancora Maleville come sostenitore della stessa opinione, che poi diventò prevalente in dottrina ed in giurisprudenza. Se non che, mentre il predetto relatore del Tribunato, come già abbiamo veduto, pone a fondamento della responsabilità dei committenti la cattiva scelta dei preposti, Toullier si diparte da quel concetto, anzi ne sostituisce un altro che possiamo dire al tutto diverso. Non si ammette il committente a provare di non aver potuto impedire il danno *per la ragione che il danno è stato cagionato con un'azione che è stata da lui comandata e che si presume da lui comandata.* Ma dopo proclamato questo principio contempla l'ipotesi in cui il danno provenga da colpa, ignoranza, imprudenza del commesso, ed allora applica il principio della responsabilità per la cattiva scelta: « si può dire in questo caso colle leggi romane che non lascia di essere riprensibile, nè colpevole colui il quale impiega uomini malaccorti, imprudenti o maligni a certe funzioni, nelle quali o per occasione delle quali essi possono cagionare danno ad altre persone: *aliquatenus culpa reus est quod opera malorum hominum uteretur* » (3). Duranton rinviene la colpa dei committenti nell'avere adoperato per-

(1) *Obblig.*. n. 121.
(2) Op. cit., n. 283.
(3) Fr. 5, § 6, Dig., 44, 3.

Digitized by Google

sone della cui moralità *non si era sicuri* (1). Zachariae insegna che in ordine alla responsabilità civile poco importa che il preposto abbia commesso un fatto dannoso per comando del padrone o di proprio moto, purchè nell'esercizio delle funzioni esercitate (2). E così Marcadé (3), Rolland de Villargues (4), Sourdat (5). Insomma la teoria classica è quella della cattiva scelta (6); ma quella del difetto di vigilanza, unito al difetto di scelta conta anch'essa dei seguaci (7).

19. Che cosa havvi di vero nell'affermazione del Toullier, che il danno sia stato cagionato con un'azione che dal committente stesso sia stata comandata e si presume da lui comandata? Nulla; il committente non comandò di produrre danno ad altri, ma di esercitare una incombenza, in cui nulla eravi di illecito; e se non la comandò, come mai può presumersi che l'abbia comandata? Diciamo piuttosto che il fondamento della responsabilità si è voluto trovare nella cattiva scelta del preposto, al quale principio è costretto di ricorrere lo stesso Toullier, che per altro non ha insistito sul concetto del comando o della presunzione di comando.

Chironi osserva che la teoria della colpa *in vigilando* non appare essere stata seguita dai redattori del Codice francese, perchè nessun cenno havvi nei lavori preparatorii; adottandola si avrebbe una grave contraddizione nella legge. Ed invero la responsabilità dei genitori, ecc., è fondata sulla colpa *in eligendo* e si ammette la prova liberatoria in loro favore; dall'altra parte poi si contempla la responsabilità dei committenti negando tale prova. Ma se eguale è la *ratio legis*, perchè, domanda l'autore, non egualmente viene con-

---

(1) Op. cit., n. 724.
(2) Op. cit., § 447.
(3) Op. cit., sull'art. 1384, n. 3.
(4) Op. cit., n. 56.
(5) Op. cit., n. 903.
(6) *Adde:* Colmet de Santerre, n. 365 *bis:* Demolombe, VIII, n. 610; Laurent, XX, n. 571; Borsari, op. cit., sull'art. 1153 Codice civile; Ricci, VI, n. 96.
(7) Aubry e Rau, § 447; Sourdat, n. 901 e 885; Larombière, articolo 1384, n. 8; Giorgi, V, n. 329.

Digitized by Google

siderata la posizione del responsabile? (1). E trova che tanto la colpa *in eligendo* quanto quella *in vigilando* entrano nella materia della commissione, ma è la rappresentanza poi la *ragione diretta e sola della responsabilità* (2). E perchè? Se la colpa è stata *in eligendo* si dovrebbe ammettere il committente a provare le buona scelta fatta; invece abbiamo una presunzione assoluta di colpa, non essendo ammessa la prova contraria. Però l'equità si rivolta contro tale sistema, nè si può attribuire tanta enormità alla legge, che in altri casi di presunzione di colpa ha consentito la prova liberatoria; quindi, dice il Chironi, la ragione dell'ordinamento deve *tutta* trovarsi nel rapporto di rappresentanza (3). Ma forse di questo concetto havvi traccia nei lavori preparatorii del Codice e nei *precedenti tutti?* Ebbene, secondo il predetto scrittore, ciò non importa (4). E sia pure; ma non risponde per nulla al vero ed è contradditorio il soggiungere che « ben esaminando questo materiale, ne emerge che il concetto di scelta vi ha posto insieme a quello della rappresentanza, nè poteva essere altrimenti, perchè inerisce (come si è detto) al rapporto costituito, distintamente, direttamente in quell'altro di locazione d'opera » (5). Tanto si va lungi dal vero ragionare quando vogliasi sostenere ad ogni costo una idea aprioristica! E lo rivela sempre più il fatto che Chironi voglia trovare il concetto della rappresentanza in queste parole di Bertrand de Greville: « forse non è il servizio dal quale il padrone trae vantaggio quello che produsse il danno che egli è obbligato a risarcire? » In queste parole, ed in queste altre « del servizio dell'opera commessa nell'interesse altrui » si vuole ravvisare il concetto della rappresentanza, mentre altro non si fa che applicare la dottrina romana, per cui chi gode dei *commoda* deve sopportare gl'*incommoda*.

---

(1) *Colpa extr.*. n. 166.
(2) Op. cit., n. 167.
(3) Loc. cit.
(4) Loc. cit.
(5) Loc. cit.

Digitized by Google

20. Il principio della colpa *in eligendo* giustifica completamente la disposizione della legge che non permette la prova contro la presunzione di colpa nel committente?

No; in molti casi quella presunzione è iniqua. Essa suppone nientemeno che una persona non debba mai, in verun momento, essere imputabile di poca accortezza nell'esercizio di una data incombenza. Se qualsiasi colpa, anche lievissima, del preposto, impegna la responsabilità del preponente, ciò vuol dire che commettendo ad altri una incombenza noi dobbiamo andare in cerca di persone tali che nemmeno di colpa lievissima possano essere imputabili. Ciò vale pretendere l'impossibile. Adibisco un cocchiere che sapevo di essere molto abile nell'esercizio del suo mestiere e che non fu ritenuto mai per una persona imprudente. Se in un dato momento, per difetto di precauzione, rechi danno a terzi, come potrò io essere imputato di cattiva scelta? Sono obbligato, secondo Toullier, *quando anche fossi stato assente, quand'anche non fossi stato in condizione di impedire il danno* (1). Egli parla del cocchiere *disaccorto o male intenzionato*, del falegname che *per imperizia o mancanza di precauzione* reca altrui danno. E se io avessi avuto buona ragione di confidare sulle buone qualità di tali persone? Ciascuno può giovarsi della propria esperienza su questo punto. Ecco perchè la presunzione *juris et de jure* contro i padroni e committenti può in molti casi riuscire iniqua. Miglior sistema quindi parci quello seguìto dal Codice civile germanico, per cui l'obbligo di risarcire il danno del preposto non ha luogo se il proprietario dell'affare abbia usato nella scelta la diligenza richiesta dai comuni rapporti, e se abbia bene diretta l'operazione nel caso che la direzione fosse stata necessaria (§ 831). *De jure condendo*, questo sarebbe il sistema più razionale a seguirsi.

21. Il principio della responsabilità per cattiva scelta è stato accolto dalla patria giurisprudenza. La suprema Corte romana con decisione 13 agosto 1889 (2), annotata dal

(1) Op. cit., n. 284.
(2) *Foro It.*, 1890, 1, 128.

Digitized by Google

Bolaffio, ritenne la responsabilità del committente per cattiva scelta, fondandosi anche sulla legge 6 Dig., *De obligat.* Il supremo collegio accentua il principio che « per tutti gli abusi e fatti delittuosi che il preposto commetta nell'esercizio delle funzioni affidategli, deve civilmente rispondere il preponente, avendo tale responsabilità la sua radice nella cattiva scelta »; e quindi se il preposto adibisca altri e questi produca danno, cessa la responsabilità del committente, perchè furono eccessi i limiti del mandato ed il danno non si riferisce all'esercizio dell'incombenza. Questa sola prova può esser fatta; quella della buona scelta non è permessa (1). Qualche giudicato ritenne ammessibile la prova della buona scelta. La Corte di Lucca negò la responsabilità di una società tramviaria, la quale aveva giustificato di avere scelto il macchinista a norma dei regolamenti (2); ma in senso contrario si pronunziò la suprema Corte romana. « Nè si dirà, considera la Corte, che il T. (rappresentante) non avesse libertà di scelta, perchè doveva accontentarsi di uno di quei macchinisti che erano stati dichiarati indonei dal Ministero, perchè astraendo anche dalla diversità di attitudine tecnica, che possono avere i muniti di uno stesso diploma, havvi pure la diversità di carattere, di contegno, di prudenza e diligenza da lasciar margine alla scelta di persona idonea ed opportuna » (3). E da ultimo lo stesso supremo collegio ritenne che la responsabilità dei committenti abbia luogo per presunzione *juris et de jure*, indipendentemente dalla buona o dalla cattiva scelta (4).

22. Ciò che interessa anzitutto in questa materia si è il determinare quando si assuma la figura giuridica di com-

---

(1) Cass. Roma, 22 marzo 1890 (*Cass. Un.*. 1890, 1, 270). Conf. Genova, 17 ottobre 1890 (*Giur. It.*. 1891, 115); 20 giugno 1890 (*T. Gen.*. 1890, 384); 1° dicembre 1894 (*Giur.*. 1894, 622); Cass. Roma, 4 gennaio 1896 (*Legge.* 1896, 1, 270); Genova, 6 dicembre 1900 (*T. Gen.*. 1901, 69); Cass. Torino, giugno 1901 (*La Giur.*. 1901, 1100).

(2) Decis. 20 febbraio 1897 (*Giur. It.*. 1897, 132).

(3) Decis. 21 maggio 1897 (*Foro It.*. 1897, 2, 476).

(4) Decis. 1° dicembre 1902 (*Riv. Un.*. 1903, 126).

Digitized by Google

mittente e di commesso, affinchè la commissione non venga confusa, come abbiamo di già avvertito, nè col mandato, nè colla locazione d'opera.

Abbiamo veduto come affidando ad un artigiano un dato lavoro o l'esecuzione di un dato servigio, indipendentemente da ogni nostra sorveglianza, da ogni nostra direzione, non si metta in essere se non un contratto di locazione d'opera. Questo principio è stato applicato agli imprenditori ed ai cottimisti, negando ad essi, in generale, la qualità di committenti; e su questo punto la giurisprudenza francese è stata concorde (1). La patria giurisprudenza invece è prevalente nel senso che l'appaltatore non sia un commesso dell'appaltante (2). Ma non mancano decisioni in senso contratrio.

La suprema Corte romana con decisione 21 dicembre 1896 (3) giudicò che l'appaltatore che dia in subappalto o cottimo un lavoro, non sia committente, quand'anche avesse usata qualche vigilanza per la buona esecuzione dei lavori. Non basta, dice la Cassazione, che taluno esegua una incombenza per conto altrui; ma occorre che abbia sotto la sua dipendenza la persona alla quale dà incarico, alla quale abbia diritto di dare ordini, istruzioni, spiegando al bisogno la vigilanza, tanto che la legge richiede che il danno abbia avuto luogo nell'esercizio della incombenza. « Che se tra committente e commesso le relazioni contrattuali siano tali da lasciare a quest'ultimo libertà piena ed assoluta nell'esercizio delle sue mansioni, viene meno nel primo ogni responsabilità dell'operato del secondo. Posti tali principii ormai accettati dalla scienza e dalla giurisprudenza, non poteva la Corte di merito chiamare responsabile del fatto del De Cesare il Finemore, il quale avendo ceduto al primo le opere di escavazioni in subappalto o cottimo, non poteva

---

(1) V. le decisioni citate da SOURDAT, n. 892, note.

(2) Genova, 19 maggio 1893 (*T. Gen.*. 1893, 520); Cass. Torino, 5 aprile 1895 (*F. It.*. 1895, 1, 695); Genova, 31 dicembre 1894 (*T. Gen.*, 1895, 86); Firenze, 18 maggio 1898 (*Ann.*. 1898, 172); Genova, 8 marzo 1898 (*T. Gen.*. 1898, 558); Cass. Napoli, 15 luglio 1899 (*Legge*, 1900, 1, 12).

(3) *F. It.*. 1897, 2, 112.

Digitized by Google

dirigere e sorvegliare il lavoro, e se spiegava una vigilanza, ciò faceva esclusivamente nel suo interesse per la buona esecuzione del lavoro ».

23. Ma la stessa Corte suprema mutò avviso con decisione 16 agosto 1901 (1) e rinnegando quanto aveva già affermato al lume dei principii, comincia dall'affermare che gli articoli 1153 e 1644 « non hanno inteso di creare dell'appaltante un essere privilegiato e tale che per solo effetto del contratto d'appalto, egli, nei riguardi dei terzi, diventi un estraneo, assolutamente estraneo a ciò che si possa compiere dall'assuntore dell'opera, da colui che ha ottenuto l'appalto ». E soggiunge che « l'appalto, in *buona sostanza*, non è che una specie di commissione, e, come tale, la persona committente non può reputarsi, a riguardo dei terzi, disinteressata nel fatto colposo compiuto dal commesso in pregiudizio di costoro » — mentre poi dichiara non efficace, rispetto ai terzi, il fatto col quale l'assuntore assume tutti i rischi dell'opera, ritiene insufficiente la motivazione, perchè la Corte di merito non esaminò « le varie modalità che possono trovar luogo in un contratto d'appalto, relativamente all'onere della responsabilità non solo tra appaltante ed appaltatore, fra committente e commesso, ma nei rapporti col terzo, con la persona danneggiata ». E per ciò stesso, cassa la sentenza impugnata.

Per quanto rispetto si possa avere per l'alto Consesso, bisogna riconoscere che sentenze di simil genere non depongono in favore del prestigio del medesimo. Nulla vieta che si consideri erroneo un principio già ammesso in precedenti giudicati, come nulla vieta allo scrittore coscienzioso che modifichi le opinioni già emesse, se venga a convincersi dell'opposto; ma i nuovi argomenti debbono essere pur ponderati. Ora, quando senza alcuna dimostrazione, si asserisce che l'appalto, in *buona sostanza*, non sia che una specie di commissione, non abbiamo che un'asserzione gratuita, contraddetta dagli argomenti coi quali la stessa Corte aveva ritenuto il contrario. Infatti, la stessa Corte

(1) *F. It.*. 1901, 1, 523.

Digitized by Google

con decisione 4 marzo 1902 (1) rientrò nel diritto cammino negando che l'appalto sia una commissione.

24. La Corte predetta però non escluse la responsabilità dell'appaltante quando questi siasi riservata la direzione dei lavori, la sorveglianza, o se l'appaltatore fosse stata una persona tecnicamente incapace (2); ma la semplice vigilanza per la buona esecuzione dell'opera non implica alcuna responsabilità dell'appaltante (3). Dando degli ordini però s'incorre nella responsabilità dei committenti (4); lo stesso quando l'oggetto dei lavori appaltati sia illecito, pericoloso per sua natura e che abbia prodotto danno (5). Ma non ha luogo responsabilità dell'appaltante quando tra lui e l'appaltatore manchi ogni vincolo di dipendenza e di subordinazione (6).

Lo stesso è a dirsi della responsabilità dell'appaltatore pel danno commesso dai cottimisti verso i terzi (7), quando i cottimisti agiscano senza subordinazione dell'appaltatore, senza essere soggetti alla vigilanza di questo; e non risponde nemmeno pel danno delle persone dipendenti dai cottimisti (8), purchè costoro fossero stati lasciati liberi nella scelta dei metodi e degli operai (9). Altrimenti sarebbe a dirsi se il subappalto fosse stato vietato da apposito patto; nel quale caso l'appaltatore risponde del fatto dei suoi subappaltatori (10).

---

(1) *F. It.*. 1902, 1, 327.

(2) Decis. cit. Conf. Napoli, 22 giugno 1896 (*Gazz. Proc.*. 1896, 584); Cass. Torino, 16 giugno 1896 (*Gazz. Proc.*. 1896, 584).

(3) SOURDAT, n. 892; Cass. franc., 20 agosto 1847 ivi cit.; Cass. Roma, 21 dicembre 1896 (*F. It.*. 1897, 2, 112).

(4) SOURDAT, loc. cit.

(5) SOURDAT, loc. cit. e Cass. franc., 20 aprile 1866 ivi cit.

(6) Roma, 23 dicembre 1884 (*T. Rom.*, 1885, 103); Aquila, 20 dicembre 1904 (*F. It.*. 1905, 1, 384).

(7) Cass. Roma, 10 maggio 1901 (*F. It.*. 1901, 2, 298).

(8) Catanzaro, 29 ottobre 1895 (*T. Cat.*, 1895, 366); 27 dicembre 1895 (*Ibid.*. 1895, 441). — *Contra:* Genova, 30 dicembre 1893 (*Foro It.*. 1894, 1, 340).

(9) Conf. Genova, 8 giugno 1898; Firenze, 19 marzo 1898 sopra cit.

(10) Cass. Torino, 16 giugno 1903 (*La Giur.*. 1903, 1046).

Digitized by Google

25. « Commesso è colui che tiene il posto di un altro in un incarico determinato, il quale voglia e debba disporne a sua posta. D'onde segue che non ogni preponente risponde del fatto dannoso eseguito da un preposto qualsiasi, ma di quello che si trova con lui in rapporto di speciale subordinazione e dipendenza immediata circa i modi di eseguire l'incarico, senza doverli attingere da altre fonti legittime ed invariabili, diverse dalla volontà e dalla direzione di esso preponente » (1).

La distinzione che avrebbe voluto introdurre la Corte di Lucca non può accogliersi: o si è committente o non si è affatto. Quando manca la subordinazione, la dipendenza, non havvi commissione. Ciò premesso, occupiamoci della specie decisa dalla Corte predetta.

Alcuni proprietarii per custodire i loro fondi ottennero dal prefetto la nomina di una guardia campestre avente tutti i requisiti richiesti dalla legge e dal regolamento sulla pubblica sicurezza; la quale guardia campestre aveva anche la qualità di agente di polizia giudiziaria. Avvenuto il ferimento di un ladro notturno, questi sperimentò azione civile contro i proprietarii che avevano fatto nominare quella tale guardia a custodire i loro fondi. La Corte di Lucca con la decisione sopra menzionata negò potersi a tali persone attribuire la figura del commesso, di cui all'articolo 1153 del Codice civile. « Non era infatti sotto la direzione dei Mimbelli (i proprietarii) che eseguiva i naturali e legittimi incarichi di guardia; i modi e le forme della esecuzione non ricevette dai proprietarii dei fondi, ma li trovò segnati nella legge e nel regolamento, conformemente ai quali era stato investito dell'incarico con tutta la provvidenza, che fa supporre l' intervento della pubblica autorità, ed in questa dovevano naturalmente fidare i Mimbelli, colla convinzione di avere per custode della loro proprietà un uomo onesto ed incapace di eccessi; convinzione insinuata nel loro animo anche dal fatto che il prefetto mai lo revocò dall'ufficio ».

---

(1) Lucca, 28 maggio 1881 (*Foro It.*. 1881, 2, 463).

Digitized by Google

La Corte ha voluto riconoscere nella guardia campestre il commesso; ha criticata l'affermazione del tribunale, cioè che l'articolo 1153 stabilisse, rispetto ai committenti, una presunzione *juris et de jure* di colpa. Riconoscendo la qualità di committenti nei proprietarii, la Corte ritiene che costoro avrebbero dovuto essere responsabili se la guardia avesse eccesso i suoi poteri, arrestando capricciosamente, od accusando e falsamente verbalizzando, appunto perchè quando scelsero quel tale individuo *non era strano il prevedere la possibilità di cosiffatti abusi, che si riconnetterebbero colla funzione affidata.* « Ma strana ed inconcepibile certamente era la preveggenza che Spadacci (la guardia), da uomo dabbene quale se lo figuravano e quale la superiore autorità se lo figurò, divenisse ad un tratto fiero, non solo da eccedere nelle modiche correzioni verso gli scarpatori, ma di scaricare loro addosso archibugiate senza ragione, senza pietà e senza bisogno della propria difesa. Lo Spadacci le avrebbe potuto egualmente tirare anche se non fosse stato guardia campestre. Se dunque nella specialità del caso non può pretendersi che quel pensiero potesse annidare nella mente dei preponenti e l'atto disumano uscì dalla sfera delle attribuzioni della guardia, ripugna ai principii del giusto e del retto che eglino (i proprietari) debbano rispondere (sia pure civilmente) del fatto di un preposto, che cambiata improvvisamente indole e natura, da buono diventato pessimo, *mores mutaverit* ».

26. Si afferma: 1° che la guardia campestre sia un preposto; 2° che come tale non rende responsabile i preponenti quando a costoro non si possa rimproverare la cattiva scelta. Ma anche qui siamo costretti di ripetere quanto abbiamo già osservato rispetto alle guardie daziarie. La guardia campestre alla quale è attribuita anche la qualità di agente di polizia giudiziaria, che non agisce sotto la direzione dei proprietarii, alla quale i modi e le forme della esecuzione sono segnati dalla legge e dal regolamento, tale guardia può ritenersi come commesso dei proprietarii? Ricorrono gli estremi della commissione, della preposizione? Non dubitiamo di rispondere negativamente, per le medesime

Digitized by Google

ragioni che altrove abbiamo addotte. Se commesso, come ne conviene la stessa Corte di Lucca, è colui che tiene il posto di un altro in un incarico determinato, ma che agisce sotto gli ordini, la direzione e sorveglianza di un committente, il quale voglia e debba disporre a sua posta; la guardia campestre non può essere mai un commesso, un preposto, e la distinzione della Corte, fondata sull'operato della detta guardia, è fuori luogo.

27. L'articolo 1153, si è detto, è applicabile anche agli enti morali. Un ospizio di beneficenza affida ad una nutrice un bambino affetto da sifilide congenita; la nutrice se ne contagia e muore o rimane infetta dalla terribile lue. Risponde l'ospizio del fatto dei suoi sanitarii, i quali non conobbero il male da cui era travagliato il bambino?

L'affermativa è stata costantemente ritenuta dalla Corte bolognese (1), e tale opinione ha dato occasione al professore Gabba di trattare in apposita nota una quistione così importante. Egli rimane sorpreso dal principio che vorrebbe seguire la giurisprudenza, e che addossando una enorme responsabilità ai nosocomii ed ai brefotrofii, li condannerebbe a sicura rovina!

La Corte di Bologna, egli dice, ha malamente interpretato i canoni concernenti l'azione istitoria e non ha rettamente raffigurata la condizione giuridica dei pubblici ospedali o nosocomii di fronte agli addetti loro, medici, chirurgi, infermieri e simili. Fa appello al senso comune se possa ritenere quella interpretazione e se possa esservi legge che permetta di vedere sfumare il patrimonio di istituti di beneficenza a furia di risarcimenti dovuti pel fatto di medici, chirurgi ed altre persone addette ai nosocomii.

Con molta precisione è dall'illustre scrittore posta la questione: « se gli enti pubblici di quella natura siano preponenti o committenti rispetto al personale di servizio, medici, chirurghi, infermieri e simili, e se queste persone siano preposti o commessi rispetto a quelli ». Doppia

(1) Decis. 24 aprile 1894 (*F. It.*. 1894, 1, 32); 2 febbraio 1900 (*Giurispr. It.*. 1900, 182); 21 dicembre 1901 (*Ibid.*. 1902, 188).

Digitized by Google

indagine; ed egli, cominciaudo a discutere sulla seconda, si intrattiene specialmente sulla figura giuridica che assumono i medici ed i chirurghi di un nosocomio, e trova che non sono i commessi di chi li adibisce. L'incombenza alla quale deve attendere il commesso è determinata; qualunque indeterminatezza non può cadere se non sulle modalità concrete delle operazioni, non sulle operazioni stesse la cui indole e varietà si possono determinare anticipatamente secondo il vario oggetto della commissione. Trattasi d'incombenze che, o richiedono più l'opera materiale che quella della mente, o sono rette da norme la cui applicazione non esiga il concorso di un apprezzamento del tutto subbiettivo. Invece il medico ha illimitata la libertà della cura dei malati, attraverso le infinite varietà dei casi e i dettami della scienza medica, e della *colpa professionale* non può essere responsabile che egli soltanto e non l'ente che lo nomina secondo le prescrizioni regolamentari.

Ma l'essere riconosciuta la responsabilità dei sanitarii non risolve per nulla la quistione della responsabilità che assume il nosocomio pel fatto dei suoi sanitari, per l'imperizia dei medesimi per cui derivi la morte delle persone nell'istituto ricoverate. Anche un commesso, un preposto qualsiasi è responsabile di colpa aquiliana; ma in che differirebbe la responsabilità del committente da quella del nosocomio rispetto al medico?

28. Riandando la disposizione del diritto romano, osserva il Gabba che tanto il *dominus* quanto l'*institor* si propongono il lucro nell'espletamento dell'incombenza; il quale fine non esiste nel nosocomio, che ricovera ammalati perchè siano curati. A differenza di una casa di salute a pagamento, un pubblico nosocomio « non contrae coi malati che vi vengono accolti, e se esso pure deve esercitare l'ufficio suo verso di questi per mezzo di addetti e dipendenti, non è possibile che egli assuma in pari tempo la responsabilità loro nell'esercizio del loro ufficio, poichè neppure ne vengono a lui lucri di sorta, cui egli non mira, e che quei dipendenti e addetti non hanno quindi neppure potuto procacciargli ». Ma quest'affermazione non è esatta, poichè, per quanto gra-

Digitized by Google

tuita possa essere l'opera del nosocomio, questo assume l'impegno di far curare ed assistere le persone ricoverate. Se tale impegno non venisse assunto, quale sarebbe la relazione giuridica tra il nosocomio ed i ricoverati? Ed è necessario negare la relazione giuridica per dedurne la irresponsabilità del nosocomio pel fatto dei suoi sanitarii?

Gabba non ci addita l'indole di quella relazione, e passa a considerarla *dal punto di vista dell'indole giuridica delle persone del pubblico nosocomio.* Rimprovera alla Corte di Bologna di non avere *nemmeno sospettato* tale punto di vista, che è quest'esso: Non è pacifico oggimai in giurisprudenza che lo Stato non risponda dell'operato dei funzionarii addetti alla propria missione pubblica? E sarebbe forse irragionevole domandare « se per avventura non si possa qualche analogia riscontrare fra la persona e gli enti morali aventi missione di beneficenza? Si risponda pure come si vuole a cotesta domanda; la si scarti persino come improponibile affatto, ma una risposta qualsiasi non la si può dare senza averla posta e senza avervi, anche per pochissimo, riflettuto ».

E noi, in omaggio allo scrittore, vi abbiamo riflettuto, e non vogliamo scartare la domanda senza discuterla, pur dolenti di doverci intrattenere su di una aberrazione. Lasciamo però che discuta prima l'autore.

29. « Io dico anzitutto, così il Gabba, che deve valere anche per gli enti morali a scopo umanitario quella irresponsabilità che vale per lo Stato rispetto all'operato dei funzionari addetti alla sua pubblica missione, appunto perchè sono *enti pubblici,* come questo. *Enti pubblici* quelle persone morali non solo perchè stanno a servizio del pubblico, ma perchè sono veri e proprii organi della vita nazionale, rispondono e soddisfano anch'essi cioè ad una vera necessità della nazione. E v'ha di più. Non solo essi esistono perchè lo Stato li costituisce e conserva persone morali, comunicando loro quasi un soffio della sua stessa vita, locchè può dirsi di tutte quante le persone morali, ma eziandio essi possono considerarsi organi dello Stato medesimo. Imperocchè tutta la vita loro si svolge secondo norme approvate

Digitized by Google

dallo Stato, e quel che è più, sotto il controllo dello Stato, per opera di autorità pubbliche, le quali in tale ufficio mettono capo alle autorità supreme di quello. Par quindi ragionevole attribuire anche a quegli enti morali le stesse guarentigie giuridiche che valgono per lo Stato, fra le quali vi ha apputo la irresponsabilità dell'operato e dei malefatti dei funzionari addetti all'esercizio della loro pubblica missione; ed anzi, cotesta estensione di guarentigie assume l'aspetto di parziale e speciale applicazione di quelle che circondano in generale l'operato dello Stato medesimo. Non è però soltanto l'analogia, anzi la stretta ed organica relazione fra gli enti morali in discorso e lo Stato, titolo sufficiente, a mio avviso, della irresponsabilità di quelli come di questo, pei malefatti dei funzionarii addetti alla loro pubblica missione. Chi ricerca le ragioni per le quali cotesta irresponsabilità è ammessa per lo Stato, deve, a mio avviso, riconoscere che esse applicansi perfettamente anche agli enti morali pubblici destinati a scopo privato umanitario » (1). E così continua il Gabba facendo un parallelismo che il lettore potrà riscontrare se ne abbia vaghezza.

Ma noi ci occupiamo di tale dottrina sol perchè sostenuta da un illustre scrittore. E domandiamo a noi stessi come mai nella *piae causae* si possa ravvisare una funzione politica, una funzione di governo; come mai (da banda la pretesa irresponsabilità della pubblica amministrazione per l'operato dei suoi agenti, anche per atti d'impero), come mai possa sostenersi che siano organi dello Stato? Qualsiasi discussione è superflua; solo dobbiamo deplorare che qualche Corte di appello abbia accolta una teoria così erronea. Secondo la Corte di Lucca i detti enti pubblici « emanano e sono organi dello Stato, della provincia o del comune; fungono ufficio e servizi che in loro difetto sarebbero sostenuti da questi enti; svolgonsi con norme determinate ed imposte dalle pubbliche autorità; si impersonano in rappresentanze da questa elette e proposte; impiegano dipendenti la cui nomina è disciplinata da requisiti pre-

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

fissi... (1). Ma questa opinione non è stata seguita nè da altri giudicati, nè da scrittori.

30. La responsabilità dei brefotrofii è stata ritenuta, malgrado il certificato del sanitario attestante il buono stato di salute dello infante, ed è stata ritenuta qualificando il brefotrofio come committente (2). Qualche Corte ha ammesso trattarsi di colpa contrattuale, che non viene esclusa dal certificato medico (3); altra negò la responsabilità nell'esistenza del certificato medico, ma ritenne sempre il brefotrofio come committente (4). La suprema Corte torinese (5), pur qualificando commesso il medico, negò la responsabilità dell'ospizio pel motivo che questo non aveva facoltà di scegliere e sorvegliare il medico nell'esercizio delle incombenze. La responsabilità dei committenti, essa dice, è fondata sulla colpa in *eligendo* od in *vigilando;* ora l'ospizio che nomina i sanitarii secondo norme regolamentari non è libero nella scelta, e non gli si può rimproverare la colpa in *eligendo.* Ma quando la Corte si fa a discorrere della colpa in *vigilando,* costretta a doverla escludere, nega addirittura che il medico sia il preposto e l'ospizio il committente, per la qual cosa non può invocarsi l'art. 1153 Codice civile. « Prescindendo da questo che propriamente non si *chiede* al medico e non gli si *commette* di prestare la sua opera professionale, non si può considerare *committente,* a senso dell'articolo 1153, chi ricorre all'opera di una persona di un'arte speciale perchè pel difetto, a lui non imputabile, delle relative cognizioni, gli manca affatto quel diritto di vigilarne l'operato, che è insito nel concetto del committente, di cui in quell'articolo, di fronte al suo commesso, come

(1) Decis. 13 luglio 1898 (*F. It.*. 1898, 1, 1401).

(2) Ancona, 18 luglio 1896 (*Mon. Bol.*. 1896, 206); Genova, 21 ottobre 1896 (*F. It.*, 1897, 1, 167); 30 dicembre 1898 (*Giur. It.*. 1899, 345); Cass. Torino, 31 agosto 1899 (*Legge.* 1900, 1, 84); 2 febbraio 1900 (*Filangieri.* 1900, 766).

(3) Torino, 2 febbraio 1900 (*Giur. It.*. 1900, 182).

(4) Milano, 5 febbraio 1902 (*Mon. Trib.*. 1902, 316); Venezia, 24 novembre 1903 (*Temi.* 1904, 27).

(5) Decis. 7 ottobre 1897 (*F. It.*, 1897, 1, 1271).

Digitized by Google

lo è in quello del padrone in esso articolo riunito al committente, di fronte al proprio domestico. Basta enunciare per comprendere l'assurdità; la ipotesi di uno estraneo affatto ad una professione richiedente cognizioni speciali, il quale pretendesse di dirigere l'uomo della scienza o dell'arte nei giudizii e nelle operazioni a quella attinenti; e parimenti si comprende e si sente essere assurdo pretendere di ascrivere a colpa di chi ha ricorso all'uomo della scienza o dell'arte quell'errore professionale di costui, che chi fece a lui ricorso non poteva nemmeno escogitare, nonchè impedire ».

Perchè la Corte di merito ha violato l'art. 1153 ammettendo la responsabilità dell'ospizio? La risposta del supremo collegio, tenuto conto di quanto ha già detto, implica una deplorevole confusione. « È vero, esso dice, che il detto articolo è concepito in termini generali, ma è pur vero che il legislatore, stabilendo la responsabilità del committente per i fatti colposi del suo commesso, ebbe riguardo ai principii generali di diritto che insegnano non sorgere la figura giuridica della preposizione ogni qualvolta il preteso committente non ha la libera scelta del suo commesso e la potestà di vigilarne l'operato e di dargli istruzioni ». Ma se non sorge la figura della preposizione, come può parlarsi dell'art. 1153? Quale sarà la vera figura giuridica?

31. Altrove abbiamo veduto quale contratto sorga tra il medico e l'ammalato, come tra ogni professionista e colui che ne richiegga l'opera. Ebbene, non esitiamo di affermare essere indifferente che l'opera del medico venga richiesta da un privato qualsiasi o da un ente come il brefotrofio. Se gli amministratori di questo nominano dei medici pel servizio dell'istituto, non fanno che dar luogo ad un contratto di locazione d'opera tra l'ente ed i medici. Nè la figura del mandato, nè quella della commissione sorgono; nè mandatarii, nè preposti o commessi sono i medici, ma locatori d'opera liberale.

Il rapporto giuridico tra l'ente ed il medico è di natura contrattuale: prestazione di un servigio mercè la convenuta remunerazione; e se sia gratuito, il rapporto giuridico

Digitized by Google

non cessa di essere contrattuale. Il nosocomio, l'ospizio non ha che il dovere di procedere a norma dei regolamenti per ciò che si riferisce alla nomina dei sanitari, e di far sì che vengano apprestati i mezzi necessari, imprescindibili, perchè l'opera di quelli possa svolgersi secondo i dettami che la scienza prescrive. Se ciò non fanno, assumono responsabilità: ma non possono gli enti anzidetti rispondere dell'operato dei sanitari, dei loro errori professionali.

Adunque si è smarrito ogni principio scientifico quando si è creduto di ritenere responsabile il brefotrofio del fatto del medico, il quale non siasi accorto che l'infante, del quale certificava la buona salute, era invece affetto da sifilide, per cui ne rimase contagiata la povera nutrice. Si è riscontrata la commissione dove non esisteva affatto e non avrebbe potuto mai esistere.

Secondo Chironi, i medici degli ospizi, dei brefotrofii, sarebbero commessi, e come tali (secondo la teoria dell'autore) rappresentanti quegli enti; i quali come committenti e rappresentati, ne sono responsabili. « Non parrebbe difatti disputabile, secondo lui, che provata la imperizia o la negligenza a carico del medico che procedette alla visita si debba escludere la responsabilità dell'amministrazione di cui egli è il commesso. L'incapacità tecnica non toglie la possibilità al rappresentante di agire come tale, e però l'illecito che egli commette in tal qualità, se veramente *illecito giuridico è*, risale nella sua conseguenza al rappresentato per via della rappresentanza » (1). L'ospizio è responsabile quindi delle malefatte colpose che il medico abbia commesso nell'esercizio delle sue funzioni, senza che, quale committente, possa allegare alcuna scusa (2).

32. Talvolta la responsabilità della direzione ospedaliera è stata coinvolta con quella dei sanitarii. Risultando in fatto che l'apparecchio alla gamba rotta di un ricoverato fu messo non da un chirurgo, come sarebbe prescritto dal regolamento, ma da un infermiere; che il malato non ebbe

(1) *Colpa extr.*. n. 269.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

la visita a tempo, come era necessario, e che fu congedato quando il collo osseo era ancora molle, fu perciò ritenuta dalla suprema Corte romana la responsabilità civile dell'amministrazione dell'ospedale, cioè di *chi aveva l'obbligo imprescindibile di vigilare all'eseguimento delle disposizioni regolamentari.* Ma la Corte escluse la responsabilità dell'ente ospedale. « La inosservanza e la negligenza dell'obbligo per parte di chi dirige ed amministra porta per conseguenza la responsabilità che è imposta dalla legge, a senso degli articoli 1151, 1152 Codice civile, sicchè non è quistione di responsabilità dell'ente ospedale, come volle dire trattarsi la sentenza della sezione d'accusa, ma di responsabilità a carico dell'amministrazione, ossia della direzione dell'ospedale » (1).

33. Dall'anzidetto può argomentarsi che la suprema Corte romana non abbia ravvisato la figura giuridica di commessi nelle persone addette alla direzione dei nosocomii, e noi facciamo omaggio a questo principio e diciamo che quella figura non possa sorgere quando si è costretti di doversi giovare di talune persone per certe mansioni, senza che si abbia libertà di scelta. Un nosocomio, un ospizio qualunque non può nominare il personale addetto al medesimo come meglio gli piaccia; deve sottostare ai regolamenti generali ed ai proprii statuti; è costretto di giovarsi dell'opera di tante persone, secondo le esigenze del servizio, e tali persone non sono che locatori d'opera. Non avviene, come tra privati, dove una persona commetta ad altra un dato incarico, con libertà di scelta e con sorveglianza. Anzi, la possibilità di tale sorveglianza manca nell'ente, per l'indole stessa di esso, appunto per la differenza che havvi tra l'ente e la persona fisica. E da ciò deriva che ogni locatore d'opera risponde del fatto proprio senza che la responsabilità ricada mai sull'ente. Nella specie sopra menzionata, con ragione fu dichiarato responsabile civile il direttore del nosocomio, perchè non aveva ottemperato a quel dovere

(1) Decis. 20 dicembre 1895 (*F. It.*, 1896, 1, 142) confermata da decisione a sezioni unite 10 dicembre 1896 (*Ibid.*, 1897, 2, 91).

Digitized by Google

di vigilanza che la sua carica gl'imponeva. Insomma, non trattandosi di commissione, l'ente non può mai essere dichiarato responsabile (1).

34. I direttori di manicomii sono responsabili del danno che possono commettere gli alienati?

Laurent (2) critica una decisione della Corte di Agen, che ritenne la presunzione di responsabilità, parificando i direttori di case di salute ai tutori. Nè ai tutori, nè agl'istitori si possono parificare, egli dice, perchè il disposto dell'art. 1384 (it. 1153) è di stretta interpretazione. Si risponde per colpa personale, giusta l'art. 1383 (it. 1153) e quindi non potendosi invocare contro i medesimi la presunzione di responsabilità, occorre provare che il danno commesso dai mentecatti sia dovuto alla mancanza di vigilanza o dal non averla convenientemente esercitata (3).

Chironi contempla l'ipotesi di delitti e quasi delitti commessi in danno di allievi da direttori, istitutori od altre persone addette agl'istituti o convitti. Ne risponde l'ente, il quale assume l'obbligo della tutela verso gli allievi. Ma di quale colpa sarà responsabile? La risposta che dà il Chironi, oltre alle ambiguità che presenta, contiene un principio che non possiamo per nulla accettare. Non sarà inutile, così egli scrive, che se la responsabilità cui or s'accenna è la non contrattuale (aquiliana), nel maggior numero di casi d'*injuria* inferta in convitti o in iscuole private, essa resterà figura di contrattuale, riferendosi allora l'*injuria* ad una obbligazione preesistente e che induce il dovere giuridico della cura e della vigilanza, a seconda della destinazione o dell'ufficio del convitto o della scuola» (4). Ma in quali casi sarà contrattuale la detta responsabilità ed in quali

(1) La qualità di commessi o preposti fu negata, riguardo ai medici, dalla Corte d'appello di Torino con decisione 21 dicembre 1897 (*Giurispr. It.*. 1898, 178).

(2) Op. cit., XX, n. 458.

(3) Baudry-Lacantinerie e Barde, III, n. 2910; Giorgi, V, n. 254; Chironi, *Colpa extr.*. n. 341. Lo stesso pei direttori di case di salute. V. Chironi, op. cit., n. 341 *bis*.

(4) *Colpa extr.*. II, n. 271.

Digitized by Google

sarà non contrattuale? L'autore nol dice; afferma però che ammettendosi la responsabilità contrattuale, siccome si tratta di contratti che riflettono direttamente la persona come oggetto, la diligenza dev'essere valutata, riguardo alle condizioni di tempo e di luogo, di circostanze che furono presenti alle parti nello stipulare il contratto e fissarne l'adempimento, e conchiude essere intendimento delle parti, nello stipulare tali contratti, di *elevare la colpa al massimo grado* (1).

L'anzidetto principio non crediamo possa essere accolto, perchè non è dato all'interprete creare presunzioni di colpa. È vero che l'art. 1224 del Codice civile prescrive che la regola indicata nello stesso articolo si debba applicare con maggiore o minor rigore, ma secondo le norme contemplate *per certi casi* nel Codice stesso. Ciò vuol dire che quando il caso non sia contemplato nel Codice, come non è contemplato quello del quale ci occupiamo, si rimane sotto l'impero della regola generale, per cui la diligenza è sempre quella del buon padre di famiglia. Eppoi, applicare la regola con maggiore o minor rigore non significa stabilire, nel silenzio della legge, una presunzione di grave responsabilità per omissione di diligenza anche minima, in maniera che nella colpa contrattuale avremmo da applicare la stessa regola che per la colpa aquiliana.

35. Qual è la responsabilità del direttore di scuola per le ingiurie recate dai maestri agli allievi?

Chironi fa questa costruzione: « L'insegnante è rappresentante del direttore, se a questo la scuola appartenga; non è invece il rappresentante, il commesso del direttore, sibbene dell'amministrazione dalla quale ha la sua nomina, se la scuola sia di altri; il direttore ha del pari una commissione speciale, la sorveglianza della scuola; ma ciò non basta a porre tra lui e l'insegnante il rapporto giuridico della rappresentanza. Potrà bene il direttore della scuola, dovendo compiere ad un obbligo impostogli, cadere anch'egli quando vi manchi, in responsabilità; se la negligenza del-

(1) Loc. cit. Conf. § 269.

Digitized by Google

l'insegnante dipende dalla di lui omissione nel sorvegliare debitamente, potrà pure egli venir chiamato a rispondere del fatto illecito, ma sarà una responsabilità personale, non avendo causa nella rappresentanza » (1).

Ma quale sarà allora la responsabilità del direttore o del proprietario della scuola? O meglio, vi sarà una responsabilità? Pare che, secondo la costruzione dell'autore, la responsabilità sia la conseguenza della mancata sorveglianza; il che implica una colpa contrattuale. Tuttavia, posto che siasi esercitata la dovuta sorveglianza, chi risponderà dell'ingiuria che il maestro abbia recata all'allievo? Se il maestro è rappresentante o commesso del direttore o della persona o dell'ente a cui la scuola appartenga, secondo ritiene il Chironi, come mai la responsabilità non risale al committente? Non è ciò contradditorio?

36. Il fittaiuolo non può ritenersi commesso del locatore, il primo non essendo subordinato al secondo nel godimento della cosa; lo stesso dicasi del colono parziario o mezzadro (2). « Considerando, così la suprema Corte fiorentina, che per l'art. 1153 ciascuno sia obbligato di rifondere il danno cagionato pel fatto non solo proprio, ma anche delle persone delle quali deve rispondere o con le cose che ha in custodia, è certo però che l'uso e la custodia del bestiame colonico per il contratto di mezzadria appartengono al colono parziario, e che questo non può in tale rapporto considerarsi come un commesso o servo del proprietario. Infatti per il contratto di mezzadria, quale osservato nelle provincie toscane, secondo le notorie consuetudini ivi vigenti, il bestiame appartiene sì al padrone, ma è consegnato in *cura* ed in *custodia* al colono, che deve servirsene per la coltivazione e per l'ingrasso del fondo; servendosi pertanto il colono del bestiame e dovendone esercitare la custodia in forza di un titolo contrattuale, non può considerarsi come un dipendente o commesso del proprietario, il quale d'al-

(1) *Colpa extr.*, II, n. 285.

(2) SOURDAT, n. 895 e le decisioni ivi citate; Cassaz. Roma, 11 gennaio 1904 (*Legge*, 1904, 884).

Digitized by Google

tronde abitando ordinariamente lontano dal fondo, non avrebbe neppure la possibilità di esercitare la sua continua sorveglianza, come lo possono e devono i padroni ed i committenti sui loro domestici e commessi dei quali parla l'articolo 1153 » (1).

37. I padroni ed i committenti sono civilmente responsabili del danno recato dai loro domestici nell'esercizio delle incombenze alle quali li abbiano destinati. Ben si comprende questo limite di responsabilità, e quindi è necessario che esista connessione tra il fatto dannoso e l'incombenza. Delitti e quasi delitti possono consumare domestici e commessi in occasione delle incombenze loro affidate, ma di essi non rispondono i padroni e committenti, e ciò, dice Toullier (2), in virtù di un principio di diritto antichissimo e conforme alla ragione; poichè non si può mai presumere che il padrone abbia dato al suo subordinato l'ordine o il mandato di delinquere fuori l'esercizio delle funzioni nelle quali egli l'impiega, o in occasione delle medesime.

Sourdat accetta il principio nei medesimi termini: non si può presumere che il padrone abbia dato ai suoi preposti l'ordine di delinquere quando agiscano al di fuori delle funzioni che loro abbia affidate; non havvi allora relazione tra il fatto proprio ed il danno recato; rispetto a lui havvi il caso fortuito (3). Ma quando il danno si riferisca all'esercizio della commissione, lo stesso scrittore crede che la responsabilità del committente esista sempre, quand'anche il fatto costituisca un abuso e gli ordini del committente siano stati trasgrediti (4).

Laurent riconosce lo stesso principio, e reputa che il committente possa essere civilmente responsabile anche pei

---

(1) Decis. 5 dicembre 1881 (*F. It.*. 1882, 1, 117); Conf. Cassaz. sudd., 24 maggio 1895 (*T. Ven.*. 1895, 320); Milano, 17 febbraio 1903 (*Foro It.*. 1903, 1, 734); 24 maggio 1904 (*Ibid.*. 1904, 1, 1187).

(2) Op. cit., n. 286.

(3) Op. cit., n. 888.

(4) Loc. cit.

Digitized by Google

reati commessi dai preposti nell'esercizio delle incombenze. Ogni limitazione, secondo il suo avviso, è arbitraria, poichè crea una eccezione mentre la legge non ne stabilisce alcuna. Nè valga obbiettare che la disposizione della legge sia abbastanza severa e quindi non sia giusto renderla ancora di più. Se è severa spetta al legislatore il correggerla, ed il citato scrittore crede che la teoria possa essere formulata nel modo come l'è stata dalla Corte di Parigi: « Questa responsabilità speciale è delle più estese; essa va commisurata alla stregua della piena libertà di scelta che il padrone o committente della persona sulla quale ripone la sua fiducia, è nella possibilità di rendersi edotto della moralità e della capacità del preposto. Una sola condizione havvi, ed è quella cioè che il danno sia stato commesso dai domestici e preposti all'esercizio delle funzioni loro affidate; il che deve intendersi anzitutto degli abusi commessi esercitando le dette funzioni, quasi delitti, delitti o crimini. Purchè il fatto dannoso si rannodi alla funzione e ne sia una estensione abusiva, la condizione della legge esiste e così la responsabilità dei committenti » (1).

38. Secondo il Laurent, il principio non può formularsi altrimenti. Ma ogni fatto dannoso consumato dal preposto sol perchè *se rattache à la fonction*, rende responsabile il committente? Anche se, eseguendo l'incombenza, si consumassero fatti costituenti reato, consumati coll'intenzione di nuocere?

La legge non distingue; soltanto il fatto dannoso deve rannodarsi all'esercizio della incombenza, e quindi il primo esame si è quello di vedere se il commesso abbia agito entro la sfera delle proprie mansioni (2). Al di là di tale

(1) Decis. 15 maggio 1851.

(2) Firenze, 20 novembre 1877 (*F. It.*. 1877, 1, 34); 13 marzo 1879 (*Legge*. 1879, 1, 737); Cass. Torino, 7 luglio 1881 (*Legge*. 1881, 2, 406); Venezia, 6 ottobre 1882 (*Giur. It.*. 1882, 661); Firenze, 14 dicembre 1882 (*Ann.*, 1883, 70); Torino, 29 febbraio 1892 (*La Giur.*. 1892, 444); Cassazione Palermo, 26 ottobre 1893 (*Foro Sic.*, 1893, 324); Cagliari, 30 aprile 1895 (*Giur. Sarda*. 1895, 373); Cass. Roma, 4 gennaio 1896 (*Legge*. 1896, 1, 270); 21 novembre 1896 (*Cass. Un.*, VIII, 176); Cassazione Napoli, 28 maggio 1904 (*Dir. e Giur.*, XX, 5).

Digitized by Google

limite il commesso non agisce più per il committente, ma per proprio conto (1). Ciò si verifica, per esempio, se il commesso adibisca gli operai fornitigli dal committente a lavori diversi da quelli ordinatigli (2); se l'assistente di un farmacista fornisca rimedii ad un ammalato e lo danneggi nella salute (3); se il commesso adibisca altre persone per l'esecuzione della incombenza senza informarne il committente. Insomma la commissione deve essere come di mezzo a fine tra l'incarico ed il fatto irregolarmente eseguito (4). Orbene, quale connessione può esservi tra l'incarico dato al commesso ed il delitto che egli possa consumare? Quale connessione per cui il committente sarebbe responsabile dell'omicidio che il commesso abbia potuto consumare per eccesso di difesa, o del ferimento per provocazione? (5). Nessuna; la connessione deve trovarsi tra l'incarico e l'esecuzione del medesimo. Nè può dirsi che ogni reato che domestici e commessi consumino, quantunque in occasione delle incombenze, debba ritenersi al di fuori della mansione, perchè *delicta tenent auctores suos* e la liceità della commissione implica la liceità dei mezzi dei quali il commesso deve giovarsi; perchè ciò equivarrebbe a rendere la legge quasi sempre inapplicabile — e del resto l'articolo 1153 presuppone la liceità della commissione, altrimenti si avrebbe il mandato a commettere danno. Così è stato giudicato che il committente debba rispondere del fatto illecito del commesso e che abbia indole contrattuale (6), come per la simulazione usata in danno dei terzi (7).

39. Il negoziante risponde delle merci che tiene nei suoi magazzini quand'anche distratte dai suoi commessi (8);

---

(1) Cass. Napoli, 22 maggio 1898 (*Gazz. Proc.*, 1898, 459); Cass. Roma, 9 febbraio 1904 (*Giur. It.*, 1904, 1338).

(2) Milano, 2 febbraio 1898 (*Mon. Trib.*, 1898, 910).

(3) Cass. Roma, 11 settembre 1897 (*F. It.*, 1898, 2, 39).

(4) Cass. Roma, 15 marzo 1879 (*Legge*, 1880, 1, 677).

(5) Roma, 28 aprile 1894 (*T. Rom.*, 1894, 218).

(6) Cass. Torino, 7 luglio 1892 (*Giur. It.*, 1892, 1012).

(7) Cass. Torino, 12 luglio 1898 (*La Giur.*, 1898, 1252).

(8) Bruxelles, 10 gennaio 1811, citata da Sourdat, loc. cit.

Digitized by Google

l'imprenditore risponde del danno recato dagli operai con dolo o per imprudenza (1). E si risponde non solo per tutto ciò che sia stato espressamente comandato, ma per ciò che si è tollerato che dal commesso venisse fatto. Esempio: I commessi di un negoziante avevano in loro balìa il bollo ed i registri; il capo sconto di una Banca industriale si recò nell'ufficio di quelli per constatare la veridicità della firma di un avallante; i commessi l'accertarono e vi apposero il bollo. La Corte di merito ritenne che essi avessero agito col tacito consenso del loro committente, il quale li aveva, se non in modo diretto ed esplicito, almeno sottinteso e voluto, destinati a quelle operazioni. Argomentò ancora da ciò che il committente non aveva chiesto di fare una prova nel senso di distruggere le emergenze che stanno contro di lui, col dimostrare che quanto avevano fatto esorbitava dall'esercizio ad essi demandato, e che ciò era conosciuto dal pubblico ed anche dalla Banca. Il supremo collegio osservò: « Se il danno al terzo recato dal servo o preposto derivò poi non da servizio od ufficio comandato, ossivero tollerato, sibbene dal fatto di non avere esso padrone o preponente vigilato, curato, impedito che colui adoperasse le sue cose, che non si servisse di tali speciali obbietti, i quali per i terzi possono agevolmente equivalere come manifestazione della volontà di lui, certo che ancorchè fosse quello atto unico e non pratica diuturna eseguita dal servo od impiegato, pur tuttavia egli ne risponde sempre. Nella specie il terzo fu da un dato permanente ed in tutta buona fede tratto ad accettare quest'atto, e la colpa del servo o preposto nel compierlo fu tutta del padrone o preponente, il quale colla sua negligenza, trascuraggine ed abbandono di ciò che doveva più gelosamente custodire dia luogo a tanto danno » (2).

L'esercizio dell'incombenza può essere quindi l'occasione del danno; ma questo principio è necessario che sia applicato con molta circospezione. Così è stata ritenuta la responsabilità del committente quand'anche il commesso si fosse

(1) V. le decisioni citate da SOURDAT, n. 888.
(2) Cass. Torino, 5 maggio 1883 (*F. It.*, 1893, 1, 600).

Digitized by Google

giovato di mezzi che quegli non gli avesse fornito (1); ma ciò non può ritenersi in maniera assoluta, perchè se i mezzi erano stati additati dal committente ed il commesso siasene giovato di altri, esorbitò dal modo di esercitare l'incarico e non può rendere responsabile il committente. È stata anche ritenuta la responsabilità del committente quantunque il commesso nel momento di eseguire l'incombenza abbia atteso ad altre incombenze dategli da un terzo (2); ma è chiaro che esercitando un'altra incombenza non si esegue quella che avevasi avuta. E viceversa si è con ragione giudicato essere responsabile il padrone se abbia destinato il domestico ad un ufficio diverso da quello pel quale era stato adibito (3); se abbia affidato di condurre un carico ad un lavorante che non avesse avuto mai simili incarichi e per cui sarebbe stato inesperto (4).

40. Si è creduto tal fiata di limitare la responsabilità del committente al danno che il commesso possa produrre nell'esercizio delle incombenze e non mai in occasione delle medesime. Così il conduttore di un carro commettendo danno nel guidarlo renderebbe responsabile il padrone; ma se volontariamente ferisca un passante, tale responsabilità non avrebbe luogo, non essendovi colpa da imputare al padrone. Laurent (5) cita l'opinione del Mourlon (6) e una decisione della Corte di Bruxelles (8 dicembre 1864) nel senso predetto; ma osserva che di fronte al testo della legge, che è concepito in termini generali, non è dato all'interprete di distinguere, restringendone l'applicazione.

Una connessione deve tuttavia esservi sempre tra il fatto dannoso consumato dal preposto e le incombenze alle quali questo è dedicato, e non sempre la giurisprudenza ha bene applicato il principio. Un domestico lavorando col suo

---

(1) Cass. Torino, 21 marzo 1895 (*La Giur.*, 1895, 389); Cass. Roma, 19 luglio 1905 (*Giust. Pen.*, 1905, 1570).

(2) Genova, 28 maggio 1894 (*Cass. Un.*. V, 1004).

(3) Cagliari, 12 agosto 1897 (*Giur. Sarda.* 1897, 266).

(4) Cass. Roma, 7 gennaio 1903 (*Riv. Pen.*, 1903, 309).

(5) Op. cit., XX, n. 583.

(6) Ripetiz., n. 1694.

Digitized by Google

padrone lascia il lavoro e tira un colpo di fucile agli uccelli, ferendo una persona che trovavasi di passaggio. La Corte di Nancy dichiarò responsabile il padrone, affermando che basta che il fatto si rannodi, in una maniera qualsiasi, con circostanze di tempo, di luogo e di servizio, alle funzioni del domestico, perchè ne sia responsabile il padrone, il quale non era stato accurato nella scelta e non aveva sorvegliato il domestico (1). Laurent non ritiene il secondo argomento, ma non critica la decisione predetta, pur riconoscendo che il domestico, esplodendo il fucile, *non adempiva una funzione del suo servizio, ma l'aveva fatto lavorando.* Ebbene, noi crediamo che nella specie anzidetta ed in tutte le altre di simil genere, ritenere la responsabilità del padrone sia malamente interpretare la legge. Nè direttamente, nè indirettamente può avere relazione cogli uffici del domestico il fatto che egli lasci per un momento il servizio che era chiamato a disimpegnare e tiri un colpo di fucile agli uccelli. Anche ammettendo un legame, *in un modo qualunque*, è certo che il legame debb'esservi; altrimenti i padroni si renderebbero responsabili di ogni danno che commettessero i loro domestici. E lo stesso Laurent riferisce, senza criticarla, una decisione della Corte di Parigi (19 maggio 1874), la quale negò la responsabilità del padrone per un reato commesso dal domestico fuori l'esercizio delle sue incombenze, per odio che nutriva contro la vittima. Questa decisione è da approvarsi, come l'altra della stessa Corte (19 maggio 1874) ricordata anche dal Laurent (2), per cui fu ritenuto responsabile il proprietario per delitto commesso dal guardacaccia insieme allo stesso proprietario. In questo caso, senza dubbio, il fatto era stato commesso nell'esercizio della funzione.

41. Talvolta si è creduto che la responsabilità del committente vada commisurata alla vigilanza che avrebbe dovuto usare sul commesso (3); ma si è dovuto riconoscere che

(1) *Arr.* 5 aprile 1863 (*Dall.*, 1864, 2, 52).

(2) Loc. cit.

(3) Cass. Firenze, 29 dicembre 1892 (*F. It.*, 1893, 1, 654); 4 giugno 1894 (*Ibid.*, 1894, 1, 841).

Digitized by Google

allorquando nel commesso si richiedono cognizioni speciali per l'esercizio di una data incombenza, non sia il caso di parlare di sorveglianza (1). Ed invero, della sorveglianza non è a preoccuparsi per la responsabilità del committente, perchè è raro il caso in cui il preposto agisca sotto gli occhi di colui che gli dà l'incarico. Se fosse altrimenti, sarebbe agevole pei committenti l'allegare l'impossibilità fisica in cui siano stati di sorvegliare i loro commessi, e la responsabilità dalla legge stabilita verrebbe frustrata. Per esempio, i padroni di carrozze rispondono del danno cagionato dai loro cocchieri in caso d'investimento (2) e della trasgressione dei regolamenti municipali (3); eppure essi non possono vigilare e sorvegliare i loro cocchieri. Invece, muovendo dal falso principio che la responsabilità dei committenti derivi dalla loro colpa *in vigilando*, si arriva al punto da escludere la responsabilità suddetta quando provino che per insufficienza di cognizioni tecniche non abbiano potuto esercitare la dovuta vigilanza sui commessi (4).

Si è detto ancora che la sorveglianza, se non di fatto, dovrebb'essere di diritto, cioè una sorveglianza giuridica (5); ma non si comprende in che possa consistere questa specie di sorveglianza.

42. Anche il concetto della dipendenza bisogna che sia bene applicato. Non perchè una persona sia sotto la nostra dipendenza può reputarsi che agisca esercitando la incombenza affidatale. Laurent (6) ha con ragione criticato questo falso principio ammesso dalla Cassazione francese coll'arresto del 30 agosto 1860. Ciò equivarrebbe a creare una presunzione per cui il padrone sarebbe sempre responsabile essendo permanente la sua autorità sul domestico. « È sempre

(1) Venezia, 27 gennaio 1904 (*Temi*, 1904, 141).

(2) SOURDAT, n. 979, e le decisioni ivi citate. Cass. franc., 27 marzo 1835; Cass. Roma, 19 aprile 1900 (*Cass. Un.*, XI, 1235); Torino, 20 gennaio 1900 (*La Giur.*, 1900, 298).

(3) Cass. Torino, 22 gennaio 1885 (*Legge*, 1885, 1, 642).

(4) Trani, 12 giugno 1899 (*Riv. Trani*, 1900, 533).

(5) Venezia, 2 giugno 1893 (*Legge*, 1893, 2, 774).

(6) Loc. cit.

Digitized by Google

l'idea di *autorità* e di *sorveglianza* che fa deviare la Corte; bisogna eliminarla perchè è estranea alla legge. Può avvenire che il domestico non sia nell'esercizio delle sue incombenze quando commette un danno nella casa del padrone. Il caso si è presentato innanti la Cassazione; i domestici avevano invitato una persona estranea alla quale avevano apprestato una bevanda venefica. Non si dirà che un invito sia un servizio al quale il padrone impiega i suoi domestici; quindi la stessa Corte suprema ha giudicato che quel malaugurato accidente non fosse imputabile ad alcuno » (1).

43. Non è necessario che il commesso venga stabilmente adibito dal committente; la commissione può aver luogo per singoli incarichi, e la responsabilità è sempre la stessa (2). Ma quando un dato incarico soleva abitualmente essere eseguito da una data persona, è sempre responsabile il committente; questi risponde, p. e., della perdita delle cose che il commesso soleva ritirare da terza persona per conto di quello (3).

44. La permanenza nel servizio dei preposti non autorizza a ritenere che agiscano sempre nell'esercizio delle loro funzioni. Il testo, come nota il Laurent (4), esclude siffatta interpretazione, perchè implica che il preposto possa cagionare un danno fuori delle sue funzioni, quindi senza responsabilità del committente. E lo stesso scrittore critica con ragione una decisione della Cassazione 30 agosto 1860, che ritenne essere il domestico, nella casa del padrone, sotto l'autorità di quest'ultimo, e di conseguenza è riputato che agisca nelle funzioni alle quali è destinato. A questo modo, osserva il predetto scrittore, si *crea* una presunzione, rendendo il padrone responsabile in ogni caso, perchè dentro e fuori casa il domestico è soggetto sempre all'autorità del

(1) Op. cit., XX, n. 583.
(2) Venezia, 2 giugno 1893 (*Legge*. 1893, 2, 774).
(3) Cass. Torino, 9 dicembre 1875 (*C. Trib. Mil.*, 1876, 61).
(4) Op. cit., XX, n. 585.

Digitized by Google

padrone. E ben dice il Laurent che le idee di autorità e di sorveglianza debbono essere escluse perchè sono estranee alla legge.

45. Mentre l'art. 1384 del Codice francese ed il 1153 del nostro Codice ammettono i genitori, i tutori, gl'istitutori, gli artigiani a provare di non aver potuto impedire il danno commesso dalle persone che sono sotto la loro dipendenza, nulla ci dice pei padroni e committenti. Se ne è argomentato quindi con ragione che costoro non possono distruggere la presunzione di responsabilità contro di loro dalla legge stabilita. Ciò costituisce oggidì *jus receptum* (1), ed era ritenuto altresì dagli scrittori anteriori al Codice (2). La giurisprudenza s'è pronunziata anche in questo senso, come puossi rilevare dalle decisioni citate dagli scrittori francesi e da quelli patrii.

46. I padroni e committenti sono adunque responsabili allorquando il danno dei domestici e commessi sia stato consumato nell'esercizio od in occasione delle incombenze loro affidate; di conseguenza la persona danneggiata deve provare: 1° il danno risentito; 2° che tale danno fu arrecato nell'esercizio o in occasione delle incombenze; 3° che fu conseguenza della colpa del domestico o del commesso. Tale colpa può essere anche lievissima, trattandosi di colpa aquiliana (3), e può riferirsi a fatti positivi o negativi (4). Però il domestico od il commesso possono far valere tutte le eccezioni e tutti i mezzi di difesa che tendano ad escludere od attenuare la loro responsabilità. Possono quindi opporre che il danno sia avvenuto per colpa anche del danneggiato o per colpa esclusiva di costui o per un fatto

---

(1) Toullier, n. 283; Malville, III, n. 191; Zachariae, § 447; Demolombe, VIII, n. 611; Duranton, n. 724; Sourdat, n. 903; Aubry e Rau, § 447; Larombière, art. 1384, n. 8; Laurent, XX, n. 588.

(2) Pothier, *Oblig.*, 121.

(3) Cassaz. Roma, 13 agosto 1878 (*Legge*, 1878, 1, 847); Venezia, 2 giugno 1893 (*Ibid.*, 1893, 2, 774).

(4) Cass. Torino, 5 febbraio 1892 (*Giur. It.*, 1892, 636).

Digitized by Google

delittuoso del danneggiato medesimo. Occupiamoci per poco di quest'ultima ipotesi.

47. Sourdat scrive: « Quando taluno soffra un danno in conseguenza di un proprio atto illecito, non può lamentarsene. *Ex delicto non jus oritur.* Se siavi delitto reciproco, le circostanze possono modificare l'applicazione del principio. Ma se delitto siavi soltanto da parte della persona che si pretenda lesa, essa non deve mai essere ascoltata, perchè commettendo l'atto illecito si è volontariamente esposto alle conseguenze di ogni genere che potessero risultarne » (1). Ora, l'eccezione anzidetta può essere opposta non solo dai commessi e domestici, ma con maggior ragione dai committenti e padroni (2). In una specie altrove esaminata, il ladro ferito dalla guardia campestre non s'era contentato di agire in via penale contro di questa, ma sperimentava azione civile contro i proprietari in base all'art. 1153 Codice civile. Il tribunale fece diritto a siffatta pretesa « conculcando, al dir del Carrara, la regola di equità e di diritto che non permette ad alcuno di locupletarsi in altrui danno mercè la propria malizia, e violando tutti i precetti che impongono doversi applicare la compensazione quante volte si agisca *civiliter* contro un danneggiatore *colposo* di chi erasi con proprio fatto *doloso* chiamato addosso quel danno » (3). Ed infatti la Corte di Lucca anche applicando l'art. 1153 revocò la sentenza del Tribunale che aveva fatto così mal governo dei principii. E considerò che la dottrina della compensazione della colpa non poteva essere invocata dalla guardia contro la quale si agiva penalmente pel delitto consumato in danno del ladro, non potendo l'azione pubblica subire modificazioni dai diritti dei privati; ma i proprietari erano terzi ed azionabili *civiliter*, ed allora applicando la legge 154 Dig., *de reg. jur.*, la legge 36 Dig., *de dolo malo*, e la legge 10 § 1 Dig., *de compensat.*, i proprie

(1) Op. cit., n. 905.

(2) SOURDAT, loc. cit.

(3) V. nel *F. T.*, 1881, 2, 463 in nota alla decisione della Corte di Lucca 28 maggio 1881, ov'è riferita una allegazione del Carrara in difesa dei proprietarii dei fondi.

Digitized by Google

tari ben potevano invocare la compensazione della colpa « perchè ogni qualvolta il provocatore del danno si volge contro un terzo che personalmente non cagionò quel danno, e che soltanto vorrebbe molestarci con azione civile, questo terzo ha bene il diritto di replicare che la causa del danno fu il dolo del petitore e che costui non può trarne vantaggio a nocumento di chi non è rimproverevole di alcun atto doloso o d'alcuna malizia. E ciò tanto più procede nella specie perchè in essa la eccezione del dolo è ad essi Mimbelli (i proprietari) personale, in quanto che il delitto commesso dal petitore Urbani, e per causa od occasione del quale è avvenuto il danno cagionato dal preposto Spadacci, era diretto contro di essi, vuolsi dire il furto delle stipe commesso nel bosco di loro proprietà » (1).

48. Quantunque il Carrara avesse scritto a scopo difensivo, nondimeno bisogna riconoscere l'esattezza dei suoi ragionamenti suffragati da concordi ed autorevoli scrittori. Egli osserva con molto acume che l'art. 1153 Codice civile riproduce l'antica dazione *in noxam*, l'azione civile di risarcimento, e spiegando tale azione, bene si contrappone alla medesima il dolo del petitore. È la dottrina romana, come altrove abbiamo veduto, accolta dagli odierni scrittori e dal Carrara così formulata: « Quando un aggressore rimanga offeso e danneggiato nella persona dallo aggredito che lo respinse, potrà bene, quantunque fosse in dolo e primo autore della rissa, insistere per la rifazione dei danni patiti; nè la provocazione sua potrà respingerlo dalla domanda dei danni, perchè anche l'aggredito è sottoposto ad un'azione penale per la reazione non completamente legittima, e non è già passivo di un'azione puramente civile. Ma quando l'aggressore si volga contro un terzo che personalmente non cagionò quel danno, e che soltanto vorrebbe molestarsi con azione civile, questo terzo ha bene il diritto di replicare che la *causa* del danno fu il dolo del petitore e che costui non può trarne vantaggio a nocumento di chi non è riprovevole di alcun atto *doloso* o alcuna malizia ».

(1) Decis. cit.

Digitized by Google

49. Fra i numerosi esempi che offre la giurisprudenza gli scrittori francesi ricordano questa specie: Il conduttore di un *omnibus* soleva ordinariamente fermarsi innanti una osteria. Un giorno vi accoglie l'ostessa con un figliuolo di dieci anni, senza pagamento, con pregiudizio ed all'insaputa dell'impreditore. A certo punto la vettura, mal condotta, batte in una frana, i viaggiatori restano contusi e gravemente il figliuolo dell'ostessa, la quale sperimentò azione di risarcimento contro il conduttore e contro l'imprenditore come civilmente responsabile. Poteva alla medesima essere opposta la propria frode? Noi crediamo, dice il Sourdat, che prendendo un posto senza pagare e cercando di frodare l'imprenditore, l'ostessa non poteva avere acquistato il diritto di lamentarsi del danno che ne era seguito; nel migliore dei casi avrebbe potuto agire contro il conduttore (1).

Adunque tutti i mezzi di difesa che possono giovare ai commessi, giovano ai committenti (2), quand'anche il giudizio fosse stato contestato tra il commesso e la persona danneggiata. Ma quest'ultima può rivolgersi direttamente contro il committente per essere risarcita del danno, imperocchè l'azione contro il medesimo non sia sussidiaria; ma principale e diretta (3). Chi impiega un domestico a fare un'azione, scrive Toullier (4), o incarica qualunque altra persona di farla per sè stesso, non fa che comandarla: e come allora l'azione diviene il fatto del padrone e del committente, egli dev'esserne responsabile, come lo è di un fatto a lui proprio. Non occorre di mettere in causa il preposto, l'azione essendo personale al preponente; anzi il preposto può, al bisogno, chiedere di essere messo fuori causa, e se citato direttamente, può chiamare in garanzia il padrone (5). Toullier reca questo esempio: Un padrone manda il suo domestico od un operaio salariato a raccogliere le frutta di un campo; il proprietario del campo conviene come ladro

(1) Loc. cit.
(2) Cassaz. Firenze, 18 aprile 1895 (*Ann.*. 1895, 210).
(3) Casale, 1° dicembre 1901 (*Giur. Tor.*. 1902, 94).
(4) Op. cit., n. 282.
(5) Conf. SOURDAT, n. 909.

Digitized by Google

il domestico o l'operaio salariato, il quale allegando la sua buona fede, può chiamare in garanzia il padrone e domandare di essere messo fuori causa. E Sourdat insegna altresì che ciò può aver luogo innanti i magistrati penali (1).

49 *bis*. Il padrone o committente può eccepire la compensazione della colpa contro il danneggiato?

Ferrini critica la dottrina della presunzione della colpa in ordine alla responsabilità dei padroni e committenti, e nel tempo stesso nega la compensazione della colpa allegando la teoria da lui stesso proscritta. « Perchè la responsabilità si avveri, non occorre colpa nel committente o padrone: anzi neppure una possibilità astratta di colpa; risponde anche il padrone pazzo o infante, e questa è la più rude smentita della vieta dottrina della colpa presunta. Quindi non può ammettersi sotto questo aspetto una compensazione fra la colpa presunta del committente (in *eligendo* o *vigilando*) e quella effettiva del danneggiato. E per vero non si può compensare ciò che non esiste » (2). A dir vero non comprendiamo perchè non possa esservi compensazione tra una colpa effettiva ed una colpa presunta. Quale colpa non esisterebbe? Quella presunta è come se esistesse; anzi, negando, come fa il Ferrini, la teoria della presunzione di colpa, parci sia impossibile parlare di compensazione. Un commesso che abitualmente sconta cambiali presso una banca per conto del committente, ne fa scontare taluna colla firma falsificata; e siccome alcune firme sono malamente imitate, il committente eccepisce la negligenza degl'impiegati della banca nel non essersi accorti di ciò che facilmentre avrebbe potuto discernersi. La Cassazione romana (3) nega potersi con tale colpa compensare quella presunta del committente; invece quella torinese (4) ammette la compensazione. Ferrini vi ragiona sopra a questo modo: « Per noi la *compensatio culpae* è nel diritto moderno essenzial-

(1) Loc. cit.
(2) Monogr. cit., n. 153.
(3) Decis. 31 maggio 1892 (*Mon. Trib.*, 1893, 264).
(4) Decis. 23 marzo 1892 (*Mon. Trib.*, 1892, 912).

Digitized by Google

mente interruzione del nesso causale fra l'atto posto e il nocumento conseguito. Ebbene, nella ipotesi presente la colpa del danneggiato interrompe il nesso causale fra l'atto del commesso (se questo è semplicemente colposo) e il detrimento avvenuto: cessa quindi ogni ragione di rendere responsabile il principale o committente. Ma anco se l'atto del commesso è doloso, come nel citato esempio, che cosa abbiamo? Da un lato il danno fu reso possibile perchè il committente o padrone suscitò l'attività del commesso o del servo; dall'altro lato perchè il danneggiato colla sua negligenza vi diede luogo. Ora a me pare che qui la reciproca elisione della causalità sia manifesta. Rimane naturalmente la personale responsabilità del domestico o del commesso, che non può compensarsi *ex capite doli*. La Cassazione romana trovava esclusa la responsabilità del committente qualora il danneggiato avesse pure operato con dolo; ma non conseguentemente, come si è visto » (1).

Non parci che l'autore abbia esaminato la quistione coll'usata chiarezza. Trattandosi di compensazione, nella ipotesi della quale ci occupiamo, bisogna mettere a riscontro la colpa del danneggiato (colpa effettiva) con quella del committente (colpa presunta); ora, se ci arrestiamo alla interruzione del nesso causale tra l'atto del danneggiato ed il detrimento avvenuto, come mai possiamo arrivare alla reciproca elisione della causalità? Come mai possiamo parlare di *compensatio culpae?* Ne verrebbe che qualsiasi colpa, anche quella minima, del danneggiato, eliminerebbe la responsabilità del committente: il che non può ammettersi, perchè non v'è equazione tra due quantità diverse. Eppoi, che importa se l'atto del commesso sia stato colposo o doloso? Qui non trattasi che della presunta colpa del committente e della effettiva colpa del danneggiato; ed infatti il Ferrini pone assai bene il quesito quando afferma che la negligenza del danneggiato *non può compensare il dolo del commesso*, e d'altra parte domanda *se possa compensare la culpa praesumpta del committente*. E la Cassazione romana

(1) Monogr. cit., n. 153.

Digitized by Google

avendo negato tale compensazione, ha escluso la responsabilità del committente quando il danneggiato avesse operato con dolo; ed in ciò nessuna inconseguenza havvi a rilevare, perchè qualunque colpa, presunta o effettiva, va eliminata di fronte al dolo del danneggiato. Ma, senza divagare, e ridotta la questione nei suoi veri termini, crediamo non possa negarsi la compensazione tra la colpa presunta del committente e quella effettiva del danneggiato, semprechè dalle circostanze del fatto sorga potersi fare la compensazione, totale o parziale, della colpa. Però, colla teoria del Ferrini, che nega la presunzione della colpa nel committente, è chiaro che nessuna compensazione potrebbe aver luogo.

50. Quando il danneggiato esercita la sua azione contro il committente, deve provare gli estremi di cui sopra abbiamo parlato, cioè il danno consumato nell'esercizio o in occasione della incombenza, e la colpa del commesso. Da questa prova non può esimersi solo perchè sperimentò l'azione contro il committente. Di conseguenza, se alleghi che il danno abbia avuto luogo per un ordine dato dal committente, anche questo estremo debb'essere provato dall'attore; ma non può esistere colpa del committente senza quella del commesso; tranne che questi sia una persona irresponsabile; nel quale caso sono applicabili gli articoli 1151 e 1152 e non il 1153. La responsabilità è allora diretta da parte di chi commetta un danno giovandosi come strumento di una persona irresponsabile; ma, nei casi ordinarii, non può farsi astrazione della responsabilità del preposto. Certo, assumendo che il danno fu commesso per altrui ordine, e provando un tal fatto può farsi a meno di convenire in giudizio l'autore materiale del danno; ma da ciò non devesi argomentare che l'autore materiale del danno possa, allegando la sua buona fede, chiedere sempre di essere messo fuori causa. Altro è chiamare in garanzia il padrone ed altro è domandare di essere messo fuori causa. Nel primo caso abbiamo una facoltà che può sempre essere esercitata da chi alleghi di avere diritto ad essere rivalso da una data persona; nel secondo trattasi di rimuovere una responsabilità che ci incombe per un fatto dannoso che abbiamo consumato.

Digitized by Google

Ebbene, in quest'ultimo caso, siccome trattasi di colpa extracontrattuale, il domestico, il commesso, nel fine di essere messo fuori causa, dovrebbero provare che nemmeno la colpa lievissima sia loro imputabile nell'avere eseguito gli ordini del padrone o committente. Non basta quindi allegare la buona fede, in generale, ma gli autori materiali del danno debbono escludere nel loro operato qualsiasi colpa. Tale sarebbe il caso in cui il domestico, sicuro che un fondo appartenga al suo padrone, comandato da questi, vada a raccogliervi dei frutti, mentre il fondo si appartiene ad altri (1). Ma, nè domestici, nè commessi, possono domandare di essere messi fuori causa o esercitare regresso contro i committenti o padroni quando il fatto da loro consumato costituisca reato (2).

51. Toullier scrive ancora: « Non è necessario di provare che il domestico abbia ricevuto l'incarico che abbia dato luogo ad un danno. Basta che egli sia stato veduto occupato nei lavori ai quali viene ordinariamente destinato, che l'operaio sia stato veduto lavorare coi domestici della casa. Assente o presente il padrone, vi è luogo a presumere che egli sappia che i suoi domestici siano stati impiegati ai loro lavori ordinarii, e che essi ne abbiano per conseguenza ricevuto l'ordine da lui medesimo o da coloro che sono stati da lui lasciati alla testa dei suoi affari » (3). Certo, se trattasi di lavori ordinarii ai quali siano addetti i domestici, ciò esclude il comando positivo di commettere danno; i domestici non sono adibiti a tale scopo, ma per attendere agli ordinarii uffizii a cui sogliono essere destinati. Pei danni che nell'esercizio o in occasione di tali uffizii commettano, è responsabile il padrone, giusta la posizione che la legge stabilisce. Ma quando si allega che il fatto fu *comandato*, ciò vuol dire che non sia stato consumato nè nell'esercizio, nè in occasione della funzione; ed allora non siamo più nei termini dell'applicazione dell'articolo 1153 (fr. 1384).

---

(1) Toullier, loc. cit.; Sourdat, n. 908.
(2) Duvergier in Toullier, loc. cit.; Sourdat, n. 769.
(3) Loc. cit.

Digitized by Google

Allora è indifferente la qualità del domestico; è una persona che comanda un'altra a commettere un danno, e di conseguenza chi allega il *comando* deve darne la prova. Per esempio, l'essere andato nel fondo altrui a raccogliere frutta non rientra punto nell'esercizio delle incombenze del domestico, nè ha luogo in occasione delle medesime. Se allegasi che un tal fatto sia stato consumato per ordine del padrone non è logico che il danneggiato debba provarlo?

52. L'obbligazione del padre, segue Toullier (1), è accessoria, salvo il regresso contro il figlio; quella del padrone o committente è principale e non sussidiaria, perchè tali persone debbono essere considerate come se esse stesse abbiano commesso il danno per mezzo dei loro preposti, avendo comandata l'azione o presumendosi di averla comandata. Da ciò trae la conseguenza che contro i preposti nessun regresso possano esercitare i preponenti, « poichè sarebbe assurdo che colui il quale comanda un'azione possa avere a causa di quest'azione un regresso contro colui dal quale venga fatta per ordine suo ». E, se così fosse, senza dubbio l'assurdo sarebbe manifesto. Ma la responsabilità dei padroni e committenti non poggia affatto sulla presunzione allegata dal Toullier; non sono, nè si presumono comandate le azioni dannose che commessi e domestici consumano nell'esercizio o in occasione delle incombenze, e su questo punto non occorre immorare. Se l'azione è diretta, principale e non sussidiaria, contro i committenti, lo è per la ragione che essi non possono distruggere la presunzione di responsabilità che la legge stabilisce contro di loro, a differenza delle altre categorie di persone civilmente responsabili; ma l'indole dell'azione che sperimentano le persone danneggiate non può influire sul diritto dei committenti di essere rivalsi del danno, tranne i casi in cui essi stessi abbiano comandata l'azione dannosa. La presunzione contro i committenti, bene osserva il Sourdat (2), è stabilita nell'interesse dei terzi per premunirli contro le con-

(1) Loc. cit.
(2) Op. cit., n. 770.

Digitized by Google

seguenze fatali della negligenza di quelli, della cattiva scelta di persone disadatte o insolvibili, non mai per rendere irresponsabili i preposti. Invano costoro pretenderebbero respingere l'azione di regresso allegando trattarsi di una persona responsabile che per legge è chiamata a sopportare le conseguenze del fatto; « sarebbe una sottigliezza che i tribunali non esiterebbero a respingere perchè la responsabilità civile è stabilita nell'interesse dei terzi ». Ma commessi e domestici ben possono eccepire che il fatto dannoso abbia avuto luogo per dolo o colpa dei padroni o committenti; il che fa sì che tra gli uni e gli altri possa questionarsi sul grado di responsabilità della quale si debba rispondere (1). Così il padrone è in colpa quando affida al domestico una incombenza pericolosa senza quelle precauzioni che la prudenza esige, tanto più quando il domestico per l'età o altre condizioni speciali non sarebbe stato adatto alle incombenze (2).

53. Si afferma che talvolta il commesso o il domestico possano fondare la loro azione d'indennità contro il padrone o committente sui principii che regolano il mandato, e ciò perchè questa figura di contratto sorge, in certi casi, accanto a quella della locazione d'opera. Questi due elementi, dice il Sourdat, sono ordinariamente combinati; l'uno o l'altro predomina secondo le circostanze. Ora, se l'esistenza di un mandato è nettamente allegata, il preposto può invocare l'art. 2000 (it. 1754), secondo il quale ha diritto di essere indennizzato della perdita che abbia sofferta in occasione della gestione, purchè non sia imputabile imprudenza. Il preposto mandatario potrà così ottenere delle riparazioni che non potrebbe domandare al committente in virtù degli art. 1383 e 1384 (it. 1153 e 1154), cioè nell'assenza di una colpa personale o di un caso di responsabilità civile che gravi sul padrone pel fatto di un altro dei suoi preposti. Questa considerazione tratta dalla esistenza di un mandato o di un ordine equivalente al mandato, giustificherebbe, secondo il predetto scrittore, in maniera esauriente le decisioni le quali hanno

(1) SOURDAT, loc. cit. e n. 907.
(2) SOURDAT, n. 903 e le decisioni ivi citate.

Digitized by Google

ritenuto che il padrone sia responsabile verso l'operaio feritosi in una operazione pericolosa, che non avrebbe dovuto essere eseguita quand'anche l'accidente si fosse verificato al di fuori della cerchia delle funzioni dell'operaio, il quale abbia obbedito per rispetto ad un ordine che poteva rifiutare, appunto a causa del pericolo eccezionale che l'operazione presentava (1).

Noi ci permettiamo di osservare che non debbono essere confuse le diverse figure giuridiche di contratto, come la commissione, il mandato, la locazione d'opera, perchè le conseguenze giuridiche che ciascuno di questi contratti produce sono ben diverse fra loro. Qui non ci occupiamo se non della commissione, della responsabilità che committenti e commessi assumono rispetto ai terzi e fra loro. E già abbiamo veduto (2) che il locatore d'opera non sia un mandatario del conduttore; quindi allorquando si parla di un'operazione pericolosa affidata ad un operaio, anche fuori le ordinarie funzioni di questa, non siamo più in tema di commissione, ma di locazione d'opera. Non havvi allora un committente ed un preposto, ma un conduttore ed un locatore d'opera, ed abbiamo veduto quale sia la responsabilità del conduttore. L'operaio o locatore d'opera deve conoscere se l'incarico affidatogli sia pericoloso; nell'affermativa non deve accettarlo; e se l'accetta s'intende che confida sulla propria abilità e dell'accidente che può seguirne non è responsabile il conduttore.

54. Applicare le regole del mandato come vorrebbe il Troplong (3), è disconoscere l'indole del contratto, come più volte abbiamo fatto notare; non è il caso quindi di parlare di un *preposto mandatario.* Può parlarsi di semplice preposto se il domestico o l'operaio siano addetti a determinate incombenze, per quanto pericolose queste possano essere; ed allora agendo sotto la dipendenza dei padroni o committenti, costoro sono responsabili per averli adibiti ad

(1) Op. cit., n. 913 *bis.*
(2) Cap. X, n. 3 e seg.
(3) Mand., n. 655 e seg.

Digitized by Google

incombenze, l'esecuzione delle quali poteva essere pericolosa; sono responsabili di colpa contrattuale. Ma si rimane sempre nei puri termini della commissione; nè le regole della locazione d'opera, nè quelle del mandato sono da applicarsi. Che se l'incombenza sia speciale e quindi assorbita da quelle ordinarie, allora soltanto può esservi dubbio se debbano applicarsi le regole dell'uno o dell'altro di quei due contratti e forse anche della commissione. Bisogna distinguere. Se il commesso o domestico agisca sotto la dipendenza diretta del committente o padrone, è da riconoscere sempre la commissione, la quale può aver luogo anche pei singoli incarichi; altrimenti si avrà una locazione d'opera e giammai un mandato, per le ragioni che abbiamo già esposte.

55. E dall'anzidetto sorge come non possa accogliersi quanto insegna il Sourdat (1), cioè, che nelle ipotesi da lui contemplate al n. 913 *bis*, la colpa personale del padrone o committente debb'essere provata da chi eserciti l'azione di risarcimento, senza poter invocare la presunzione dell'articolo 1384 (it. 1153). Certo, la presunzione anzidetta riguarda la commissione e non può essere allegata da chi non invochi tale figura di contratto. Ma se parlasi di padroni e committenti, ben può essere e sempre invocata dai terzi indipendentemente dalla valutazione di responsabilità tra committenti e commessi.

56. Il capitano è un preposto dell'armatore e di conseguenza questi ne risponde solidalmente col primo pel danno subìto dalle persone o dalle cose che formano oggetto del trasporto; e risponde ancora pel danno recato dalle altre persone dell'equipaggio (2). L'armatore ha l'obbligo di fornire la nave di tutto ciò che sia necessario pel funzionamento della medesima; e se a tale obbligo contravvenga, la responsabilità è solidale col capitano, il quale alla sua volta risponde della propria negligenza per non avere verificato se l'arma-

(1) Op. cit., n. 913 *ter*.
(2) Roma, 16 maggio 1899 (*Giur. It.*, 1899, 547).

Digitized by Google

tore avesse fornito la nave di quanto sarebbe stato necessario per funzionare regolarmente, e se lo stivamento fosse stato regolare (1).

La irresponsabilità stipulata dal capitano nella polizza di carico sarebbe inefficace e ben si comprendono le ragioni (2); e parimenti nulla sarebbe la clausola colla quale l'armatore escludesse la propria responsabilità pei fatti colposi del capitano (3).

E poichè gli attrezzi debbono essere in buono stato e la nave debb'essere fornita di quanto sia necessario pel viaggio, segue che l'armatore risponde del danno che abbia potuto derivare nel caso contrario. È responsabile quindi se cadendo una vela pel cattivo stato degli attrezzi, produca danno (4); se il carbone, i mezzi di salvataggio fossero stati insufficienti (5). Ne risponde solidalmente col capitano, come risponde della colpa di costui per le cattive manovre e la cattiva direzione (6).

57. In quanto al danno recato dalle persone dell'equipaggio risponde esclusivamente l'armatore (7); però la responsabilità di quest'ultimo dev'essere limitata al danno che queste persone producano nell'esercizio delle loro incombenze od in occasione delle medesime. Non possiamo approvare quindi quanto ritenne la Cassazione torinese, cioè che il danno, volontario o involontario, delle persone dell'equipaggio debb'essere risarcito dall'armatore, quand'anche non commesso nè nell'esercizio, nè in occasione delle incombenze come nel caso in cui per sedare un marinaio ribelle, un macchinista esploda involontariamente la rivoltella e ferisca un ufficiale di bordo (8). Stando al principio che regola la

---

(1) Lucca, 12 marzo (*Ann.*, 1880, 241).
(2) Genova, 18 maggio 1886 (*G. Com.*, 1886, 61).
(3) Genova, 11 dicembre 1880 (*F. It.*, 1881, 215).
(4) Cassaz. Torino, 16 dicembre 1899 (*La Giurispr.*, 1900, 45).
(5) Cassaz. Napoli, 17 febbraio 1899 (*F. It.*, 1899, 1, 586).
(6) Cassaz. Napoli sopra cit.
(7) Genova, 18 marzo 1902 (*T. Gen.*, 1902, 181).
(8) Decis. 15 luglio 1902 (*Giur. It.*, 1902, 966).

Digitized by Google

responsabilità dei committenti, l'armatore non dovrebbe essere responsabile nella specie sopra menzionata.

58. Trattandosi di urto di navi, sono solidalmente responsabili l'armatore ed il capitano. *Quid* se nel momento dell'urto la nave fosse stata affidata alla direzione di un pilota pratico?

Si è ritenuto sempre la responsabilità del capitano e dell'armatore (1). La decisione della Corte veneta del 27 ottobre 1881 fu pronunziata vigendo l'articolo 201 del Codice della marina mercantile del 1865, ove è dichiarato che « il pilota che scorta una nave ha diritto di stabilire la rotta e di comandare ogni manovra e tutto quanto si riferisce alla sicurezza della nave ». Ora, siccome per l'articolo 66 dello stesso Codice « il pilota pratico per tutto il tempo in cui gli è affidata la direzione della nave è annoverato tra i sott'ufficiali di bordo che trovansi sotto la dipendenza del capitano », la Corte ne conchiudeva che il pilota non fosse un tutore imposto e sostituito al capitano, ma un ausiliare che gli è aggiunto per associarlo alle di lui cognizioni generali sull'arte del navigare, per la notizia speciale riguardante le circostanze dei luoghi più pericolosi, in maniera che la responsabilità del medesimo per la condotta della nave non venga punto diminuita per la presenza del pilota a bordo. « Non puossi ammettere che appunto nei paraggi più difficili la legge abbia voluto diminuire la garanzia stabilita a tutela degli interessati nella nave e dei terzi, sostituendo ad una persona quale il capitano, meglio istruita nella teoria e nella pratica, specialmente rispetto alle condizioni particolari della nave da lui comandata, una persona d'ordine subordinato, da cui richiedonsi soltanto *cognizioni pratiche e locali* ».

Questa decisione non potrebb'essere più contraria alla lettera, allo spirito della legge e ad ogni principio di equità che informare deve la soluzione delle controversie sulla responsabilità civile. Sia qualsivoglia la qualifica che la

(1) Venezia, 27 ottobre 1881 (*F. It.*, 1881, 1, 1254); Genova, 28 gennaio 1895 (*Legge*, 1895, 1, 340).

Digitized by Google

legge attribuisce al pilota pratico in ordine alla disciplina ed alla subordinazione, ciò nulla ha da vedere colla responsabilità per la direzione della nave. Se il pilota ha diritto di stabilire la rotta, di comandare ogni manovra e tutto quanto si riferisca alla sicurezza della nave, chi non vede come il conferimento di tali facoltà, se pure si risolva in un aiuto pel capitano, priva costui di qualsiasi iniziativa per tutto il tempo in cui preposto alla direzione della nave resti il pilota pratico? Nè poteva essere intendimento del legislatore di rendere responsabile una persona per un fatto da essa non consumato, nè legalmente consumabile. Ed è specioso l'argomento che la legge non abbia voluto diminuire la garanzia dei proprietarii della nave e dei terzi nei momenti di maggior pericolo. Ma gli interessati della nave sapevano che nei luoghi pericolosi per la navigazione l'opera del capitano non sia sempre bastevole; che egli anzi abbia l'obbligo di giovarsi dell'opera dei piloti pratici; il che deve attenuare, se non escludere, la responsabilità del capitano medesimo. E responsabilità non può esservi dove il commesso sia obbligatoriamente imposto ed il committente sia costretto di rimanere inerte durante la esecuzione della incombenza.

59. L'armatore risponde del danno che le persone dell'equipaggio rechino ai viaggiatori nell'esercizio delle incombenze; ma risponderà ancora del danno che una di tali persone potrà recare all'altra?

Si è risposto negativamente nella specie in cui il capitano era stato ferito per lo scoppio di una macchina, avveratosi per colpa del macchinista, e ciò perchè all'armatore non può apporsi la colpa in *eligendo* o in *vigilando*, contenendo l'articolo 491 del Codice di commercio una applicazione del principio che informa l'articolo 1153 del Codice civile (1). Questa opinione non può accogliersi, essendo concorde la giurisprudenza nel ritenere che allorquando vi siano diversi preposti di un committente e l'uno di essi rechi danno

(1) Genova, 26 dicembre 1896 (*Ann.*, 1897, 88); Cassazione Torino, 14 ottobre 1897 (*Legge*, 1897, 2, 734).

Digitized by Google

all'altro, il committente ne sia sempre responsabile. Sourdat (1) ricorda parecchi giudicati ed approva il principio da essi ritenuto, che del resto risponde alla lettera ed allo spirito della legge.

60. È responsabile altresì l'armatore degli infortuni avvenuti nel carico e nel discarico delle merci; ma la responsabilità vien meno quando tale incombenza sia stata affidata per appalto ad un imprenditore pratico, al quale fosse stata lasciata libera la scelta dei mezzi e degli operai (2). Risponde ancora dei gravi ritardi che siano stati effetto dei vizi della nave, ed ogni patto in contrario deve andar limitato ai piccoli ritardi (3).

61. Vien meno la responsabilità del capitano e quindi dell'armatore quando sia provato che l'avarìa o l'urto abbiano avuto luogo per caso fortuito o per forza maggiore. È stato giudicato che sino a prova contraria la colpa del capitano si presuma e quindi spetti allo stesso il distruggere tale presunzione (4). Ma la presunzione non è stabilita dalla legge e quindi non può invocarsi contro il capitano, come non può invocarsi contro qualsiasi altro preposto, perchè nelle relazioni tra i preposti ed i terzi la colpa deve essere provata da chi esercita l'azione di danno. Il sinistro deve risultare dal giornale nautico del capitano e dalle prove raccolte nel giudizio (5); in difetto può presumersi la colpa del capitano (6).

62. Ma la colpa della quale parliamo è quella aquiliana? Si è risposto affermativamente (7), e quindi si è ritenuto

---

(1) Op. cit., n. 911.

(2) Genova, 27 ottobre 1899 (*Legge*, 1900, 1, 18); 19 settembre 1904 (*T. Gen.*, 1904, 589).

(3) Genova, 30 dicembre 1899 (*Legge*, 1900, 1, 266).

(4) Catania, 26 agosto 1881 (*Giur. It.*, 1881, 190).

(5) Palermo, 22 gennaio 1881 (*Giur. It.*, 1882, 204); 22 settembre 1894 (*F. Sic.*, 1894, 323).

(6) Trani, 17 maggio 1881 (*Riv. Trani*, 1882, 357).

(7) Palermo, 22 settembre 1894 sopra cit.; Roma, 16 marzo 1899 (*Giur. It.*, 1899, 547).

Digitized by Google

non essere soggetta alla prescrizione annale l'azione di risarcimento del viaggiatore (1). Ma osserviamo in contrario che la responsabilità del vettore non può essere che contrattuale, avendo egli l'obbligo della idoneità del mezzo di trasporto e della regolare direzione del medesimo, d'onde la incolumità personale dei passeggieri (2).

63. Altrove ci siamo occupati della responsabilità dei pubblici ufficiali per gli atti del loro ministero. Qui notiamo che le persone anzidette non possono considerarsi come preposti, commessi di coloro che le adibiscono, sia perchè manca la libertà di scelta, essendo ciascuno obbligato di ricorrere all'opera di coloro che sono investiti di una data funzione per effetto di legge, come ancora perchè i pubblici ufficiali non agiscono sotto la sorveglianza delle persone che li adibiscono, ma procedono con responsabilità propria nell'eseguire gli atti del proprio ministero (3).

64. Il committente non risponde del danno cagionato dalle persone adibite dai suoi preposti, perchè tra costoro ed il committente nessuna convenzione ebbe luogo. Lo stesso non può dirsi nel caso in cui il preposto abbia avuta facoltà di adibire altre persone; allora risponder deve anche dell'operato di costoro (4).

65. Può il commesso essere irresponsabile del delitto o quasi delitto per ragione di età, vizio di mente od altro motivo; la responsabilità del committente rimane sempre. Ma rimane perchè esiste vincolo di rappresentanza? Lo afferma Chironi, quantunque ammetta che il fatto del rappresentante *abbia giuridicamente il medesimo carattere del caso fortuito*, pel quale se è liberato l'autore immediato,

---

(1) Roma, 16 marzo 1899 sopra cit.

(2) Napoli, 1° febbraio 1899 (*Casaregis*, 1899, 105) e quindi l'armatore non può eludere l'azione di risarcimento coll'abbandono della nave (decis. cit.).

(3) Genova, 30 dicembre 1899 (*Legge*, 1900, 1, 266).

(4) LAURENT, XX, n. 574.

Digitized by Google

diretto, del fatto della responsabilità, non libera il rappresentante, la cui condotta precesse e determinò il caso. E tale soluzione pare all'autore in conformità ai principii sulla responsabilità derivante dal rapporto di rappresentanza (1). Ma come mai può esservi rappresentanza quando il fatto del rappresentante debba essere equiparabile al caso? E se fu la condotta del rappresentante *che precedette e determinò il caso*, come mai può parlarsi di rappresentanza? Non è logico piuttosto ritenere che il committente sia sempre responsabile del fatto del commesso, quand'anche per qualsiasi motivo venga meno la responsabilità del commesso medesimo? È la maniera logica e più semplice di determinare la responsabilità.

66. L'amministratore di una società è un preposto della società medesima, in maniera che contro di questa si possa invocare la presunzione di responsabilità stabilita contro i committenti?

L'affermativa è stata ritenuta dalla Cassazione francese con arresto del 15 gennaio 1872 per l'amministratore di società in accomandita, e la Corte ha invocato l'art. 1382 (it. 1151). Però Laurent osserva che con ciò si va molto al di là della legge, perchè si ritiene che il fatto illecito sia stato consumato dalla società stessa; ma *questa dà mandato al suo gestore di controllare e non di commettere delitti*, dunque non può essere tenuta che come committente (2).

Parci più logico ritenere che nella specie si tratti di vero e proprio mandato per amministrare, come implicitamente ne conviene lo stesso Laurent; e quindi la società non può essere obbligata per tutto ciò che eccede il mandato, tanto più se si tratti di delitti o quasi delitti.

---

(1) *Colpa extr.*, II, n. 277.
(2) Op. cit., XX, n. 575.

Digitized by Google

CAPITOLO XI.

DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DERIVANTE DAL CONTRATTO DI LAVORO.

1. *Necessità economica della locazione d'opera o contratto di lavoro.*
2. *Preconcetti teorici sulla responsabilità dei conduttori d'opera.*
3. *La responsabilità del conduttore può verificarsi quando appresti le condizioni immediate di lavoro.*
4. *E di conseguenza esso non può rispondere che di colpa contrattuale.*
5. *Critica di taluni argomenti addotti per sostenere la presunzione di colpa contro il conduttore d'opera.*
6. *Divergenze nella patria giurisprudenza sull'indole della colpa del conduttore d'opera.*
7. *Critica delle teorie dei patrii scrittori sulla responsabilità dei conduttori d'opera e sulla prova della colpa. Teoria del Rissetti.*
8. *Continua.*
9. *Continua.*
10. *Continua.*
11. *Teoria del Gabba.*
12. *Continua.*
13. *Responsabilità dei vettori.*
14. *Continua.*
15. *Continua.*
16. *Teorie del Rissetti e del Nougier sulla responsabilità dei vettori.*
17. *Critica delle teorie dei predetti scrittori.*
18. *Continua.*
19. *Continua.*
20. *Si esclude che nell'esecuzione del contratto di trasporto di persone possa esservi concorso di colpa contrattuale e di colpa aquiliana.*
21. *Continua.*
22. Quid *se il danno sia prodotto da terzi?*
23. *Del danno cagionato al locatore d'opera per mancate precauzioni prima di aver avuto luogo il contratto.*
24. *La legge del 1898 sugl'infortuni del lavoro. Entro quali limiti deve essere applicata.*

1. Lo scambio dei servigi dà luogo al contratto di locazione d'opera. La mercede non rappresenta che la remunerazione, la quale si effettua per mezzo della moneta o di derrate; ma la maniera di compensare non muta l'essenza del contratto: *do ut facias.* Ogni uomo non rende ordinariamente che servigi di una sola specie, e con la retribu-

Digitized by Google

zione che ne ricava ottiene ogni altro servigio che desidera. È una conseguenza della divisione del lavoro, ed il mondo economico non è che un campo immenso dove il lavoro si estrinseca nella forma più diversa quanto diversi possono essere gli umani bisogni. Il servigio ora si concreta nella cosa che acquistiamo per goderla o consumarla, ora nel godimento della cosa o nell'opera altrui che mettiamo a nostro profitto per sopperire ad un nostro bisogno; nel primo caso abbiamo la figura giuridica della compra-vendita; nel secondo quello della locazione di cose o di opere.

Della locazione delle opere si occupa il Codice civile negli articoli 1627 e seguenti. La natura del contratto è determinata del n. 1° dell'art. 1627, dove si dichiara che una delle specie della locazione di opere e d'industria è quella per cui le *persone obbligano la propria opera all'altrui servizio;* e nei due numeri seguenti si contemplano la locazione d'opera dei vettori e quella degl'imprenditori o appaltatori. Dal testo dell'articolo e da quelli che seguono è agevole argomentare quanta poca importanza abbia attribuito il legislatore al contratto di locazione d'opera, oggidì con migliore locuzione appellato contratto di lavoro; ma ogni legge dev'essere considerata in relazione al tempo in cui è fatta, ed è da augurarsi che questo contratto venga regolato secondo le necessità sociali del tempo in cui viviamo, in maniera che anch'esso subisca l'influsso della civiltà e protegga il lavoro di milioni di uomini con disposizioni ispirate ad alti principii di equità.

2. Scrivendo di questo contratto sotto il punto di vista della responsabilità civile, noi non possiamo allontanarci da quei principii ai quali l'interprete è costretto di fare omaggio. L'indole del contratto ci rivelerà quali siano le regole che dobbiamo applicare in ordine al danno che occasionalmente all'esecuzione del contratto di lavoro può verificarsi ed alla correlativa responsabilità. Ed in tempo in cui ciascuno costruisce e ricostruisce, sia lecito pure a noi di usare di questo diritto.

Per mezzo del contratto di lavoro adunque l'un contraente si obbliga di rendere all'altro un dato servigio

Digitized by Google

mercè un determinato compenso; ma ognuno può rendere soltanto quel servigio che sia in grado di poter compiere. A cominciare dalle arti più modeste sino alle più delicate professioni liberali, bisogna esser pratico dell'arte o della professione per poterla regolarmente esercitare; d'onde la diversità delle retribuzioni secondo la perizia acquistata, il modo dell'esercizio, l'attitudine ai lavori che presentino difficoltà o pericoli. L'un contraente si obbliga di pagare una mercede per un servigio che l'altro promette di rendere. Se la mercede non venga corrisposta nella maniera convenuta, la legge del contratto è violata; se l'opera non venga prestata nella maniera colla quale doveva esserlo, è violata ancora la legge del contratto. Nell'uno e nell'altro caso l'inadempimento dà luogo a risarcimento, e la colpa che dà luogo al danno non può derivare se non *ex contractu.*

Ma, oltre la mercede, assume il conduttore d'opera altri obblighi in favore del locatore, e questi ne assume altri fuori di quello di prestare regolarmente l'opera per la quale siasi obbligato?

Nel fine umanitario di proteggere determinate classi di persone è incominciata a prevalere una opinione che s'è fatta strada specialmente nella giurisprudenza, e, secondo la quale, altri elementi di responsabilità si son voluti rinvenire nel contratto di lavoro. Le migliaia di operai che lavorano negli opifici dove i pericoli non son pochi; le migliaia di persone che viaggiano per terra e per mare, dove i pericoli, i rischi abbondano, e, di conseguenza, la relativa responsabilità nei casi d'infortunii, tutto ciò ha fatto sì che per determinare la detta responsabilità dei locatori d'opera, nuovi elementi di obbligazione siansi riscontrati nel contratto di lavoro, che diano luogo a colpa contrattuale ed extracontrattuale, secondo che il sentimento, la pietà, la difficoltà della prova od altre circostanze suggeriscano. Da ciò le conseguenze più strane, l'applicazione di un medesimo principio, or fatta, or negata, in ordine allo stesso negozio giuridico.

Si afferma che il conduttore d'opera assuma l'obbligo di garantire la integrità personale del locatore nell'esecuzione del contratto e che debba rispondere di colpa con-

Digitized by Google

trattuale pel danno che esso locatore possa risentire in conseguenza delle omesse precauzioni. Dal che deriverebbe una presunzione di colpa contro il conduttore in ogni caso d'infortunio e di colpa contrattuale.

La teoria s'è esplicata in occasione degl'infortunii che sogliono verificarsi negli opificii, e s'è creduto di tutelare i legittimi interessi degli operai salvandoli dall'onere di provare la colpa degl'imprenditori, ma nel tempo stesso mettendoli in condizione di non potere invocare il risarcimento per colpa aquiliana. Ma chi scrive senza preconcetti ed a solo scopo scientifico deve respingere una teoria che altera in maniera evidente i termini di un contratto così importante e che abbraccia il lavoro nelle innumerevoli sue esplicazioni. Si altera, senza dubbio, ed è agevole convincersene, contemplando il contratto di lavoro nel semplice, originario suo modo di estrinsecarsi.

3. Donde rilevasi ch'io debba garantire l'integrità personale di chi mi rende un servizio ch'io retribuisco? Spetta a lui operare nella maniera che la propria arte, il proprio mestiere richiede. I contadini che lavorano nel mio campo, il muri-fabbro che ripara la mia casa, quale garanzia possono richiedere da me al di fuori di tutto ciò che sia conseguenza della mia negligenza, della mia imprudenza, e per cui sono obbligato di rispondere per colpa aquiliana? Se trovandomi assente e continuando i contadini il loro lavoro, non badano che un macigno possa rotolare loro addosso scavandovi troppo al di sotto; se il muri-fabbro sale sul tetto della mia casa d'onde precipita con grave suo danno, di quale responsabilità contrattuale dovrò io rispondere? Di nessuna; io non potevo garantire la incolumità delle dette persone nell'esercizio del loro mestiere, della loro arte, l'uno e l'altro dovendo essere conosciuti da chi li esercita, e da tale cognizione dipendendo in gran parte il prevenire i rischi, i danni che possono verificarsi. I conduttori d'opera non sono obbligati ad avere tali cognizioni, nè può pretendersi che debbano averle, chè altrimenti ciascuno sarebbe costretto di non potere adibire alcun lavoratore, perchè

Digitized by Google

esposto ad una garanzia che esorbita dalla cerchia del contratto.

Quel che abbiamo detto presuppone indubbiamente che l'opera venga prestata senza ingerenza del conduttore, che le condizioni immediate del lavoro siano dal locatore istesso determinate. Negli esempi che abbiamo addotto non esiste cooperazione tra locatore dell'opera e conduttore; ma lo stesso non può dirsi quando tale cooperazione esista e le condizioni immediate di lavoro debbano essere apprestate dal conduttore, come negli opificii, nelle imprese industriali. Il contratto assume qui una fisonomia ben diversa; non si restringe al *do ut facias*, ma include oltre alla mercede l'obbligo di fornire le condizioni di lavoro, luogo, utensili, materie prime, ecc. Ed appunto da questa speciale figura che assume il contratto di lavoro derivano gli obblighi contrattuali dello imprenditore e la conseguente colpa nei casi d'inadempimento.

4. Ma è colpa contrattuale o aquiliana? Si sostiene essere colpa aquiliana perchè ciascuno deve tener le cose che gli appartengono in uno stato tale da non nuocere agli altri; e quindi se p. e. la macchina o gli utensili non siano tenuti dall'imprenditore nello stato di regolare funzionamento, egli ne risponde per colpa extra-contrattuale (1); la quale opinione non crediamo possa venire accolta. Il principio per cui ciascuno deve tenere le cose proprie in maniera che non siano di nocumento ad altri è quello che riguarda la colpa aquiliana; ma quando havvi un contratto di locazione di opera per cui il conduttore debba fornire le condizioni necessarie perchè il lavoro venga esplicato, ciò forma parte del contratto medesimo, in guisa che l'apprestare quelle condizioni nella maniera che possano verificarsi infortunii costituisce colpa contrattuale e non mai aquiliana.

In una nota al n. 913 *quat.* del Sourdat si ricorda l'opinione del Planiol (Rev. crit. 1888), secondo il quale la colpa dell'imprenditore è sempre in *omittendo* e quindi contrattuale; ma s'insiste a ritenerla aquiliana con un argomento

(1) SOURDAT, n. 913 *quat.*

Digitized by Google

che non ha valore. Una caldaia scatta, abbatte muri, ferisce operai e passanti. Con questi ultimi non havvi contratto, eppure l'imprenditore è responsabile verso di loro per negligenza o imprudenza. Perchè, si domanda, rispetto agli operai, s'invoca il contratto nel fine di dedurne la medesima responsabilità? La risposta è ben semplice; gli operai eseguono un contratto coi mezzi che loro sono apprestati dall'imprenditore, e debbono essere apprestati in maniera da non essere loro di nocumento; debbono quindi rispondere di colpa per negligenza o imprudenza, e tale colpa non può essere che contrattuale.

5. Ciò che ha indotto taluni scrittori a non accettare la teoria della colpa contrattuale è stata la preoccupazione di non addossare l'onere delle prove del danno agli operai. Gabba osserva che la predetta teoria ebbe fortuna nel Belgio, nessuna in Francia e non poca in Italia. Si ritiene la colpa contrattuale per mancata protezione della incolumità personale degli operai, e, provata la lesione, si ritiene la presunzione di colpa contro il padrone, applicando l'articolo 1225 Codice civile (fr. 1147) (1), in maniera che il conduttore d'opera debba dimostrare di non essere in colpa, provando che il danno sia derivato dallo stesso locatore, ovvero da caso fortuito o forza maggiore (2). Il predetto articolo contempla il caso in cui la persona dalla quale sia dovuta una data prestazione si renda inadempiente o ne ritardi l'esecuzione, il che presuppone che sia provato l'inadempimento o il ritardo. Ed è giusto che si presuma la colpa dell'obbligato e che sia responsabile dei danni, salvo che dimostri il difetto di colpa. Ma la predetta disposizione non può applicarsi al contratto di lavoro, nei casi d'infortunii, non già per la ragione allegata del Gabba, cioè che il contratto suddetto presupponga la cooperazione di ambo i contraenti, mentre l'art. 1235 suppone la prestazione da

(1) V. gli autori e le decisioni citati dal GABBA nel *F. It.*, 1898, 1, 864.

(2) SAINCTELETTE, *De la resp. et de la garant.*, n. 110, 141, 158; LABBÉ, *Dissert.*, in Sir., 85, 4, 25 e 86, 2, 97; SAUZET, nella *Rev. crit.*, 1883 e seg.; PASCAUD, nel *Journ. des écon.*, 1885, 365.

Digitized by Google

parte di un solo contraente. La vera ragione si è che, dato l'infortunio, non perciò l'imprenditore può ritenersi come inadempiente a un obbligo contrattuale, perchè l'infortunio, nel maggior numero dei casi, non proviene da colpa dell'imprenditore. Se io debbo eseguire una data prestazione e non la eseguo, sono per ciò stesso inadempiente, e non potendosi mettere in dubbio un tal fatto, è logica la presunzione di colpa; ma se il punto essenziale consiste nel sapere se siavi stato ovvero no inadempimento, non è il caso d'invocare l'art. 1225 per applicare la presunzione da esso stabilita contro i debitori. L'indole dell'infortunio determinerà se l'imprenditore sia inadempiente, e questa prova dev'essere fatta da chi voglia sperimentare l'azione di risarcimento. Così potrà risultare l'inadempienza dell'imprenditore, la sua colpa contrattuale.

Si è creduto di potere applicare al contratto di locazione d'opera la stessa regola che ha luogo per la locazione delle cose, cioè che spetti al conduttore distruggere la presunzione di colpa che la legge stabilisce contro di lui (articolo 1588, fr. 1732): l'uomo che ha locato le proprie braccia dev'essere conservato incolume e così restituito a sè stesso. Ma ogni analogia manca tra una locazione e l'altra. Chi loca i suoi servigi, si è con ragione osservato, non è come una materia inerte, nè come l'animale presso colui che se ne giova; l'uomo ha intelligenza, libertà, iniziativa propria. Pretendere, così il Sourdat (1), che il padrone debba mantenerlo e renderlo incolume come gli oggetti materiali locati, è lo stesso che assimilarlo a queste cose, è fare astrazione dalla sua natura e dalle facoltà che lo distinguono. Dire che il padrone si presume in colpa, che la responsabilità gl'incomba di pieno diritto, come il debitore delle cose nell'obbligazione di dare, è lo stesso che stabilire come principio che l'operaio non commetta, in generale, veruna imprudenza, veruna negligenza per le precauzioni che deve prendere nel suo lavoro, e che egli agisca sempre con circospezione, con quella perizia che deve avere acquistata nell'esercizio della propria arte; che il padrone, al contrario

(1) Op. cit., n. 913 *quat.*

Digitized by Google

l'abbia messo in contatto con istrumenti pericolosi senza assicurargli le garanzie che il progresso della scienza e dell'industria hanno permesso di dargli contro l'impiego di tali strumenti; è lo stesso che supporre, contro la realtà dei fatti, che il padrone sia, in qualche modo, anche padrone dei movimenti dell'operaio.

Ed il predetto scrittore osserva inoltre che la confusione la quale serve di base al predetto sistema non possa per nulla rimproverarsi agli autori del Codice. Determinando gli obblighi del conduttore, essi hanno a questo imposto l'obbligo di conservare la cosa e di restituirla in buono stato, tale essendo la intenzione presunta dalle parti nel contrattare; ma nel contratto col lavoratore, l'obbietto non è persona, ma il lavoro di esso, l'attività del medesimo. Il padrone non è messo in possesso dell'operaio: questi può e deve vegliare alla propria conservazione, ricusare un lavoro pericoloso al quale non avrebbe inteso di sottoporsi e che escluderebbe l'intenzione comune dei contraenti (1).

6. La patria giurisprudenza è stata divergente sull'indole della colpa, se contrattuale od aquiliana. Ravvisatosi l'obbligo del conduttore di garantire l'integrità personale del locatore, si ritiene che quello risponde di colpa contrattuale (2).

---

(1) In questo senso fu giudicato dalla Cassaz. franc., 28 agosto 1882 (DALLOZ, 83, 1, 239).

(2) Decisioni più recenti: Cass. Firenze, 26 marzo 1896 (*F. It.*, 1896, 1, 608); Bologna, 20 marzo 1896 (*Mon. Bol.*, 1896, 278); Roma, 1° giugno 1896 (*F. It.*, 1896, 1, 1359); Napoli, 25 gennaio 1897 (*Mov. Giur.*, 1897, 149); Cass. Torino, 22 settembre 1897 (*F. It.*, 1897, 1, 1275); Bologna, 16 novembre 1896 (*Mon. Bol.*, 1897, 63); Cass. Roma, 16 giugno 1897 (*F. It.*, 1897, 1, 974); Genova, 25 febbraio 1901 (*T. Gen.*, 1901, 138); Brescia, 2 novembre 1901 (*C. Brescia*, 1901, 215); Roma, 12 luglio 1902 (*T. Rom.*, 1903, 65); Catania, 11 gennaio 1904 (*G. Cat.*, 1904, 26).

Nel senso che si tratti di colpa aquiliana: Cass. Napoli, 6 dicembre 1895 (*Giur. It.*, 1895, 1, 76); Genova, 24 aprile 1896 (*Ibid.*, 1896, 795); Milano, 2 giugno 1896 (*Legge*, 1896, 2, 593); Cassazione Firenze, 16 novembre 1896 (*Giur. It.*, 1896, 641); Milano, 7 settembre 1897 (*Mon. Trib.*, 1897, 912); 8 marzo 1898 (*Ibid.*, 1898, 772); 1° febbraio 1898 (*Mon. Trib.*, 1898, 909); Trani, 17 agosto 1897 (*Riv. Trani*, 1897, 831);

Digitized by Google

E così in ordine alla responsabilità delle società ferroviarie verso i viaggiatori, ora si è ritenuto trattarsi di colpa contrattuale (1) ed ora di colpa aquiliana (2). E l'opinione che di tale colpa si tratti è prevalente nella dottrina (3).

7. La Corte d'appello di Roma in una decisione 10 giugno 1896 (4) ritenne che l'obbligo delle società ferroviarie di risarcire il danno all'operaio dipenda dal contratto, e quindi la società per escludere la propria responsabilità debba provare che l'infortunio abbia avuto luogo per forza maggiore, caso fortuito o colpa del danneggiato. La decisione predetta è stata annotata dall'avvocato G. Rissetti, il quale con una pregevole monografia ha fatto un'ampia critica del principio che informa l'odierna giurisprudenza, secondo la quale nel contratto di locazione d'opera il conduttore sarebbe obbligato di garentire la incolumità personale del locatore e quindi risponderebbe di colpa *ex contractu.*

Fu ispiratore di questa teoria, l'osserva anche il Rissetti, un sentimento pietoso verso l'operaio e la sua famiglia per

---

3 settembre 1897 (*Giur. It.*, 1898, 38); Roma, 24 luglio 1897 (*F. It.*, 1897, 1, 1299); Venezia, 22 aprile 1897 (*T. Ven.*, 1897, 344); Brescia, 28 ottobre 1896 (*Foro It.*, 1897, 1, 43); Genova, 4 novembre 1901 (*Ann.*, 1901, 456): Cassaz. Palermo, 26 luglio 1900 (*Circ. Giur.*, 1900, 245); Roma, 22 settembre 1900 (*Legge*, 1900, 2, 699); Torino, 16 novembre 1900 (*La Giur.*, 1900, 1575).

(1) Napoli, 24 agosto 1894 (*F. It.*, 1894, 1, 1228); Cassazione Napoli, 22 maggio 1895 (*Ibid.*, 1895, 1, 618); 31 dicembre 1896 (*F. It.*, 1897, 1, 75); Genova, 28 febbraio 1899 (*Giur. It.*, 1899, 438); 31 ottobre 1899 (*F. It.*, 1900, 1, 125); 27 aprile 1900 (*Legge*, 1900, 2, 190); Milano, 26 agosto 1902 (*F. It.*, 1902, 1, 1469).

(2) Genova, 10 maggio 1898 (*Ann.*, 1898, 283); Firenze, 24 maggio 1899 (*Ibid.*, 1899, 203); Cass. Torino, 21 giugno 1902 (*La Giur.*, 1902, 1049); Cass. Napoli, 3 marzo 1904 (*Riv. crit.*, 1904, 97); Cass. Roma, 30 gennaio 1904 (*C. S. Rom.*, 1904, 2, 29), investimento tramviario.

(3) Sauzet, nella *Rev. crit. de législ.*, 1883, p. 156 e 677; Labbé, nel *Journ. du Pal.*, 1885, II, 37; Cogliolo, *Respons. giur. delle Società ferr.*, pag. 97; Amar, *Studii di dir. ind.*, n. 263; Marchesini, *Contr. di trasp.*, I, § 167.

(4) *F. It.*, 1897, 1, 301.

Digitized by Google

la triste condizione in cui possono trovarsi dopo l'infortunio, e la quale renda molto difficile l'esercizio dell'azione di risarcimento, appunto perchè costretti a far la prova della colpa del padrone. La quale colpa si verificherebbe non nella inesecuzione ma nella mala esecuzione del contratto, in quanto che il padrone, sia per difetto di vigilanza, o di cattiva apprestazione degli strumenti o del locale, o per altre ragioni, non prevede ciò che avrebbe dovuto prevedere in ordine alla incolumità dell'operaio. Ma allora dovendosi applicare i principii del diritto probatorio alla colpa contrattuale, colui che invoca la colpa del contraente deve darne la prova, ritenendosi, sino alla dimostrazione del contrario, eseguita l'obbligazione in maniera conforme al contratto. Così, nel contratto di locazione d'opera, chi si lamenta della mala esecuzione dell'artefice deve darne la prova, e l'eccezione dell'art. 1639 Codice civile confermerebbe la regola.

Ebbene, se il locatore d'opera chiegga risarcimento di danno per colpa che dice imputabile al conduttore, non deve anch'esso darne la prova? La giustizia, osserva il Rissetti, esige che unico principio venga applicato nell'un caso come nell'altro. Con quale razionale criterio, egli dice, si potrebbe, secondo le vigenti leggi, porre il padrone in una condizione quasi di presunzione di colpa, come se fra la lesione dell'operaio e la colpa del padrone esistesse un inevitabile rapporto di causa od effetto? Ma lo stesso scrittore fa immediatamente una concessione colla quale distrugge la teoria da lui sostenuta. « Che se ad ogni modo, egli soggiunge, si voglia al padrone imporre l'onere di una prova, dappoichè l'obbligo suo non potrebbe essere altro che quello di fare quanto è possibile per tutelare la vita e l'integrità degli operai, non si può logicamente e lealmente negare che egli avrà dimostrato di avere adempiuto all'obbligazione, se provi di avere tutto predisposto per evitare gl'infortunii. Ciò venne riconosciuto dal Kolher (citato dal Fusinato), dall'Auriti e dal Pierantoni... Sarà una prova induttiva, ma non meno efficace ed apprezzabile dal magistrato, quanto la prova diretta che dimostri dipendere l'infortunio dal caso fortuito o dalla forza maggiore. E tal prova induttiva

Digitized by Google

potrà sempre darsi anche nei casi in cui la prova diretta della causa dell'infortunio fosse impossibile. Quindi è che la nuova teoria, secondo le previsioni pratiche, non potrebbe profittare all'operaio se non nei casi in cui per qualche sbaglio di procedura il padrone decadesse dall'esperimento della prova ».

Ma, altro è fare una riprova per giustificare il caso fortuito o la forza maggiore, altro è dover fare una prova diretta su tale obbietto: poichè se la prova diretta della colpa del padrone debb'essere fatta dal locatore d'opera, non facendola, il conduttore è liberato dall'addurre prova in contrario. Non può negarsi che allora l'onere della prova sia invertito, e, come dicevamo, la concessione del Rissetti porterebbe addirittura ad accettare la teoria che egli combatte. Infatti, egli riconosce che la Corte d'appello di Roma con la sentenza del 10 giugno 1896 si spinse fin dove nessuna statuizione di magistrato era giunta, assumendo che, come lo speditore affida la sua merce al vetturale, così il locatore affida la sua persona al conduttore, il quale deve integralmente restituirla, tranne che provi il caso fortuito, la forza maggiore, la colpa del locatore. Dicasi pure ardita questa teoria, sostenuta anche dal Sauzet e dal Labbé, essa è conseguenza ultima, ma legittima, della identica premessa; e per quanto il Rissetti protesti pel paragone tra la merce e l'uomo sotto il punto di vista dell'oggetto del contratto, la verità si è che se il locatore d'opera debb'essere garantito dal conduttore per prevenire quanto potrà essergli di nocumento nella esecuzione del contratto, con ciò stesso affida la sua persona al conduttore, il quale deve predisporre le cose in maniera da rendere quello possibilmente incolume. Ed in ogni caso il conduttore deve provare che abbia bene eseguito il contratto, o meglio, che non lo abbia malamente eseguito.

8. Il Rissetti esamina il contratto di lavoro da un punto di vista assai parziale, cioè quando si riferisca ad industrie nelle quali debbono essere impiegati congegni pericolosi o materie pericolose, e trova che se vogliasi trovare in colpa il padrone per gl'infortunii che possano derivare da quei mezzi

Digitized by Google

pericolosi, tutte quelle industrie dovrebbero essere vietate. L'operaio *spopondit peritiam artis*, e quindi qualunque responsabilità del padrone debb'essere attenuata, ed all'uopo è giusto che venga provveduto con appositi regolamenti, e che gl'industriali si giovassero di tutti quei mezzi che la scienza e l'arte suggeriscono, nel fine che i congegni più pericolosi si rendano, per quanto sia possibile, meno pericolosi. Ma, come già abbiamo notato, quando il conduttore dell'opera appresta le condizioni immediate del lavoro, assume quegli obblighi che altrimenti non assumerebbe. Così gl'imprenditori, indipendentemente dalla legge sugli infortunii, debbono nei loro opifici impiegare tutti quei mezzi necessari per iscongiurare, quanto più sia possibile, i danni che ai lavoratori possono derivare dall'uso dei pericoli maggiori e dalla materia prima che nelle diverse industrie vengono impiegate. Non può rimproverarsi ai lavoratori se a ciò non provvedano, perchè prestano la loro opera in condizioni da loro non preordinate; spetta agl'imprenditori di provvedervi, e, se ciò non facciano, debbono rispondere di fronte agli operai. Il Rissetti ne conviene, quando dice che il padrone non solo non deve nè volontariamente, nè per negligenza fare atto qualsiasi che danneggi l'operaio, ma deve fare altresì tutto il possibile perchè le cose sue, e quindi le macchine, gli arnesi ed altri strumenti che servono al compimento di quel lavoro al quale si applica l'operaio non possano danneggiarlo; egli trova la responsabilità del padrone « nel rispetto alla integrità personale altrui e nell'obbligo d'impedire che un fatto nostro od una cosa nostra arrechi danno altrui ». Il contratto entra come elemento di fatto nell'apprezzamento della colpa del padrone, e tale sarà ancora la perizia dell'operaio. « Oltre questo elemento che riguarda la persona dell'operaio, altri elementi di fatto vi entrano, riguardanti la condizione delle cose e degli strumenti di cui l'operaio deve servirsi. Il proprietario dovendo impedire che le cose sue rechino danno altrui, deve predisporre tutto per impedire gl'infortunii degli operai; certo non si potrà spingere la sua diligenza sino al punto di tenerlo obbligato a fare tutti quei ripari che umanamente possa ideare e che val-

Digitized by Google

gano a rendere impossibile materialmente qualsiasi disgrazia. Laddove cominciar deve la comune diligenza dell'operaio a tutela della propria persona, finir deve la diligenza del padrone, poichè colui che si trova nell'officina o nell'opificio a lavorare è persona che ha ragione e volontà ed ha il dovere di tutelare la sua vita ».

9. Chironi riconosce che al di fuori del contratto di locazione d'opera sonvi delle responsabilità che incombono al padrone, e per cui questi deve rispondere di colpa aquiliana. « Chi traendo argomento dal vincolo consentito liberamente dall'operaio, restringesse l'obbligo del padrone al pagamento della mercede, senza estenderlo ai provvedimenti relativi alla distribuzione del lavoro, alla direzione, alla vigilanza, all'attuazione dei mezzi consigliati dalla tecnica e dall'esperienza come idonei a scansare o diminuire la responsabilità degl'infortunii, affermerebbe che l'operaio è mero accessorio della macchina » (1). Si rendono applicabili quindi gli articoli 1151 e 1152 Codice civile. « Il padrone non cura che la sua fabbrica sia munita di apparecchi, per l'insegnamento e l'esperienza generale, riconosciuti valevoli a scansare o limitare la probabilità di certi infortuni: egli commette un'omissione della quale deve rispondere; in tal condizione di cose, dà nell'esercizio dell'industria ordini la cui esecuzione è causa di disgrazie, e commette un fatto che impegna la sua responsabilità. Quindi il padrone risponde di negligenza od imprudenza: nulla sembra si possa suggerire di più razionale ed in pari tempo di più efficace a tutelare l'operaio » (2). E cita parecchie decisioni di Corti francesi in tal senso, anteriori, s'intende, alla legge del 1898.

Ma, dopo avere dimostrato la ragionevolezza dei motivi per cui il padrone può essere responsabile di colpa aquiliana, l'autore crede che tale responsabilità possa derivare anche dal contratto e distrugge d'un colpo la teoria da lui accolta. « Ma, secondo il fine e la natura del contratto, egli

(1) *Colpa extr.*, § 78.
(2) Loc. cit., nota.

Digitized by Google

dice, ancorchè nulla si pattuisca espressamente, la buona fede impone che si presuma come inerente all'accordo la comune volontà, che lo svolgimento dell'industria e quindi l'opera del lavoratore sia prestata sotto la direzione e la sorveglianza statuita nel regolamento della fabbrica, o secondo si pratica nelle fabbriche o laboratori consimili, o come un diligente padrone, nelle stesse circostanze di luogo, tempo e modo dovrebbe fare. Il padrone dunque, e qui la responsabîlità è contrattuale, a causa della posizione sua, della qualità che riveste, deve dirigere i lavori in modo che nella loro distribuzione ed esecuzione, nulla, per manco di cura, succeda di danno all'operaio » (1). Tutto ciò è contradditorio.

10. Ma quando il padrone non ha l'obbligo di dirigere, non esiste alcuna responsabilità contro di lui, come nel caso in cui la società contrae l'esecuzione di taluni lavori con un imprenditore, il quale contratta direttamente cogli operai (2), ovvero quando l'operaio esegua i lavori nella propria abitazione. In quest'ultimo caso Chironi ammette la responsabilità quando l'operaio nell'eseguire il lavoro affidatogli debba seguire un processo nuovo e pericoloso indicatogli dal padrone, ovvero quando l'operaio si giovasse di un apparecchio fornitogli dal padrone e che pel modo di costruzione non presentasse la sicurezza di altri adoperati generalmente in simili lavori. In questo caso il padrone sarebbe responsabile se avesse trascurato di dare le nozioni ed avvertenze necessarie, e se, avendole date, non avesse sorvegliato l'operaio capace d'intenderle (3).

Chironi ha criticato tutte le dottrine che ravvisano la colpa contrattuale negl'infortunii del lavoro. Ma nella dottrina che egli professa havvi qualcosa che lascia luogo ad incertezze. L'operaio, egli dice, si trova in doppio rapporto col padrone, contrattuale ed extracontrattuale, perchè indipendentemente dal contratto, il padrone ha l'obbligo di non

(1) Op. cit., § 79.
(2) Chironi, op. cit., § 79 e le decisioni ivi citate.
(3) Loc. cit.

Digitized by Google

porlo in condizione di aver danno. « Gli strumenti, i meccanismi alla cui direzione, al cui maneggio destina l'operaio sono in tale stato di vetustà o così poco atti da poterne venir danno a chi sia preposto ad usarli? Il padrone sarà tenuto, quando avvenga offesa, pel contratto. Ha trascurato di munir la sua fabbrica, il suo opificio degli apparecchi di sicurezza valevoli a toglier possibilità o probabilità ad un pericolo, verificatosi poi a detrimento dell'operaio? Ebbene, il padrone risponderà non pel contratto, ma per aver dato occasione ad un danno. La qual forma di responsabilità è indubitatamente compresa nella colpa aquiliana, e vale a distinguere nettamente i due ordini di rapporti fin qui non determinati con vigore di analisi ».

Ed a noi pare che sia estremamente difficile il determinarli malgrado l'analisi più sottile che voglia farsi. Perchè sarà il padrone responsabile di colpa contrattuale se metterà a disposizione degli operai strumenti e meccanismi inadatti e quindi pericolosi, e sarà invece responsabile di colpa aquiliana se non avrà fornito l'opificio di mezzi di sicurezza valevoli ad evitare danni? Dal momento che è desso che appresta agli operai le condizioni immediate di lavoro, non ha l'obbligo implicito di apprestarle in maniera sicura? Non rientra tutto nell'orbita del contratto?

11. Gabba è stato strenuo sostenitore della dottrina che riconosce la responsabilità del conduttore d'opera, nel caso d'infortunio, in base a colpa contrattuale. Egli si domanda se veramente incombano al padrone dell'industria obblighi verso l'operaio, intesi a preservar questo dagl'infortuni industriali, e risponde affermativamente riconoscendo « essere obbligo del padrone costituire l'operaio in condizione idonea ad eseguire il lavoro commessogli, e quest'obbligo significa certamente dovere il padrone non far correre pericolo egli stesso all'operaio nell'atto in cui dispone di lui per farlo lavorare » (1). Riconosce essere quistione di limiti nei quali deve contenersi il detto obbligo; ma dopo di avere procla-

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

mato il principio della responsabilità nella maniera sopra menzionata, nessuno si aspetterebbe di leggere: « io sono di coloro che non ammettono l'obbligo contrattuale del padrone di prendere tutte le precauzioni idonee a prevenire gl'infortunii degli operai ». E spiega il suo pensiero a questo modo: « Quando il padrone ha posto l'operaio in condizioni idonee ad eseguire il lavoro commessogli, cioè, gli ha commesso un lavoro proporzionato alle sue forze ed alla sua abilità, gli ha consegnato una sede appropriata, salubre e sicura, gli ha dato materia, macchine, utensili rispondenti all'uso innocuo che l'operaio deve farne, egli ha esaurito i suoi obblighi contrattuali verso l'operaio, attinenti alla esecuzione del lavoro. Se cotesta esecuzione ed il maneggio e l'uso degli utensili e delle macchine affidate all'operaio racchiudono pericoli, tocca all'operaio medesimo guardarsene. Egli conosce quei pericoli, e il padrone sa che li conosce, e l'uno e l'altro all'atto della conclusione del contratto di lavoro contano sull'attenzione e sulla previdenza del primo. Sanno, è vero, altresì l'uno e l'altro che, per quanta cautela e previdenza l'operaio adoperi, potrà questi pur troppo cadere in quei pericoli e patire infortunio: ma anche questo rischio professionale è noto ai due contraenti, e il padrone lo pone, l'operaio l'accetta come elemento del contratto; lo scontano anzi anticipatamente l'uno e l'altro, esigendo l'uno ed accordando l'altro un salario proporzionato appunto alla entità, cioè probabilità e gravità del rischio professionale. Si osservi inoltre, come da altri fu già osservato, che il concetto di cautela preventiva contro i pericoli d'infortunii industriali è non solo indeterminato di sua natura, ma anche non determinabile in concreto. Tutti i giorni la tecnica fa progressi in fatto delle cautele in discorso; l'uso e la consuetudine non possono quindi essere criteri decisivi su questo proposito (art. 1124 e 1134); ma si vorrà perciò far colpa ad ogni padrone di non avere applicato gli ultimi suggerimenti della tecnica, e senza distinguere tra ordegni di protezione il cui costo è proporzionato all'entità dell'industria e quelli che non lo sono? » (1).

(1) V. la monogr. nel *F. It.*, 1898, 1, 862.

Digitized by Google

12. In tali confini l'illustre scrittore limita la dottrina da altri sostenuta sugli obblighi dell'imprenditore relativi alla incolumità personale degli operai. Se non che egli stesso è costretto di estendere gli obblighi predetti ancor oltre quando afferma la responsabilità degl'imprenditori nei casi in cui l'operaio, oltre alla prova dell'infortunio « esibisca anche quella di una imperfezione qualunque nelle condizioni immediate del lavoro, costituita dal padrone all'operaio, da cui si possa l'infortunio reputare ignorato, per es., locale mal sicuro ed insalubre, macchine, utensile inadatto o imperfetto, sia fin dall'origine, sia per mancata conservazione per opera di altri operai che ne avevano l'incarico, materia prima viziata in guisa da recar danno, o per sè stessa o lavorata colle macchine o cogli utensili relativi. Data dall'operaio la prova di uno di questi fatti, cioè dell'inadempimento del relativo obbligo contrattuale del padrone, la colpa di questi si presume, e toccherà a lui provare che i vizi e le imperfezioni suddette furono effetto di caso fortuito o di forza maggiore. Vero è che la detta prova per parte dell'operaio è spesso difficile e non di rado impossibile; ma ciò non toglie che a rigor di principii del diritto contrattuale gli si debba imporre ». Ed ecco abbastanza vasta la cerchia degli obblighi dell'imprenditore. Si andrebbe ancor oltre, richiedendo tutte quelle cautele indirette che possono giovare e prevenire infortunii? Gabba nol crede, e noi siamo dello stesso avviso, eliminando le esagerazioni (1).

13. Finora ci siamo occupati del danno che possono subire i locatori d'opera occasionalmente all'esecuzione del contratto; ora dobbiamo contemplare l'ipotesi opposta, cioè

---

(1) È stato giudicato che il padrone risponde per l'omessa protezione contro le schegge. Cass. Torino, 23 maggio 1903 (*La Giur.*, 1903, 1188), per avere adibito l'operaio indebitamente ad un lavoro: Cagliari, 15 ottobre 1903 (*G. Sarda*, 1903, 338). E così è stata ritenuta la responsabilità dell'amministrazione ferroviaria pel danno sofferto dall'operaio se l'abbia adibito all'ufficio di frenatore senza che avesse avuto la dovuta pratica: Milano, 28 dicembre 1897 (*Mon. Trib.*, 1898, 230).

Digitized by Google

quella in cui il danno venga risentito dai conduttori, da coloro che profittano degli altrui servigi. Fin dove si estende la responsabilità del locatore d'opera?

La quistione è sôrta riguardo alla responsabilità dei vettori, e specialmente delle società ferroviarie per le persone che trasportano. Ogni locatore è responsabile di colpa contrattuale per la mala esecuzione del contratto; qualunque vettore di persone assume l'obbligo del trasporto sino al luogo di destinazione. Lo assume in conformità del mezzo di trasporto di cui si dispone. È responsabile di colpa contrattuale se il mezzo fosse stato disadatto, se per sè stesso avesse presentato pericoli, o per cattiva costruzione, o per vetustà o per altra ragione qualsiasi, e per tutto ciò che si riferisce alla regolare direzione del mezzo di trasporto, d'onde la responsabilità se danno avvenga per sopracarico o per cattiva direzione. In simili casi, insegna il Sourdat, i tribunali decideranno secondo le circostanze, se la parte lesa, per sua colpa, non abbia dato luogo ad una colpa che potrebbe attenuare quella dell'imprenditore (1). Un piroscafo non più adatto alla navigazione, locomotive o vetture ridotte in cattivo stato, binari non mantenuti in maniera regolare, personale disadatto od insufficiente, ecc., tutto ciò costituisce colpa del vettore, colpa contrattuale, perchè chi viaggia per terra o per mare confida nella idoneità e nella regolare direzione del mezzo di trasporto,

Qual è dunque la posizione giuridica dei contraenti in caso d'infortunii? Qual è la posizione giuridica del viaggiatore che rimane ferito nel disastro, o degli eredi che ne risentano il danno?

14. L'articolo 1631 del Codice civile e 400 del Codice di commercio stabiliscono una presunzione di colpa contro i vettori per le cose che vengono loro affidate pel trasporto. Possono le dette disposizioni essere invocate pel trasporto delle persone?

Non mancano decisioni per l'affermativa. La suprema Corte di Napoli è stata abbastanza esplicita colla decisione

(1) Op. cit., n. 977.

Digitized by Google

31 dicembre 1896 (1). Se vettore, secondo l'art. 388 Codice di commercio, è chiunque assume in qualunque modo di eseguire o di fare eseguire trasporti, questo concetto generalissimo, secondo la Corte predetta, ci dà la figura del vettore, sia che il contratto di trasporto si riferisca alle persone o alle cose, sia che il trasporto debba eseguirsi per terra o per mare. Nè il rinvio di cui al capoverso dell'articolo 388 fa venir meno tale concetto, perchè non è fatto in quanto il libro secondo regoli in generale il trasporto marittimo delle persone, ma limitatamente, in quanto esso regola la obbligazioni tra il mittente o l'imprenditore dei trasporti col capitano o padrone della nave. La Corte trova che ben possa invocarsi l'analogia tra il trasporto delle cose e quello delle persone. La ragione perchè le disposizioni dettate dall'un contratto si applicano eziandio all'altro è la stessa ed anche maggiore, e se per l'un contratto l'obbligo del vettore è quello di trasportare sane e salve le cose dall'un luogo all'altro, per l'altro contratto l'obbligo non deve essere minore, quello di trasportare incolumi le persone fino al luogo di destinazione. Ogni mancanza a quest'obbligo induce una colpa contrattuale; d'onde il fondamento della responsabilità. Ed ecco perchè nei rapporti di diritto privato, il capo 3° titolo 4° libro 3° dopo avere dichiarato esservi tra le principali specie di locazione d'opera e d'industria quella dei vetturini sì per terra come per acqua, che s'incaricano del trasporto delle persone e delle cose (art. 1627), col successivo articolo 1631 soggiunge che essi sono obbligati per la perdita e pei guasti o le avarie delle cose loro affidate. Or, se vanno affidate eziandio le persone, è chiaro che eglino non possono non rispondere eziandio di danni che per avventura provengano alle persone medesime per colpa di essi. Ed all'obbiezione che le persone non possono formare obbietto di deposito, come le cose che vengono affidate ai vetturini, la Corte risponde: « Innanzi tutto non bisogna confondere i concetti. Non perchè per il trasporto delle cose il fonda-

(1) V. *F. It.*, 1897, 1, 75. Conf. Cassazione sudd., 24 agosto 1894 (*Ibid.*, 1894, 1, 1228); 25 maggio 1895 (*Ibid.*, 1895, 1, 618).

Digitized by Google

mento della responsabilità del vettore si possa riconoscere nel deposito fatto presso di lui delle cose medesime e che il mittente non può più custodire, si può da ciò conchiudere che quando il trasporto rifletta le persone, quello di trasportare o far trasportare incolumi da un luogo all'altro così le persone come le cose. Ciò sarebbe argomentare dalla specie al genere, dal particolare all'universale ». Lo stesso principio è stato ammesso dalla suprema Corte di Firenze (1).

15. E noi citiamo questa giurisprudenza con compiacimento perchè ha fatto anche omaggio alla dottrina dei più autorevoli scrittori. Sourdat osserva che non possa negarsi il contratto di locazione d'opera tra il viaggiatore ed il vettore; e se talvolta havvi analogia tra le circostanze in cui quel contratto si forma e quelle in cui ha luogo il deposito necessario, da ciò non segue che l'un contratto debba confondersi coll'altro e che le regole del primo non possano applicarsi col pretesto che i fatti non comportino le regole del secondo. Il contratto è lo stesso, dice il predetto autore, si tratti del trasporto di persone o di quello di cose. La compagnia fornisce le sue vetture, le sue locomotive, il suo personale, e, più che un vettore ordinario, la via ferrata che ha costruito e che deve mantenere in perfetto stato di viabilità. L'uso di tutto questo, nel fine speciale che le parti si propongono, deve essere assicurato al viaggiatore con ogni garanzia di sicurezza. Quanto alla persona trasportata, essa si affida al vettore, nelle condizioni identiche a quello di ogni altro corpo certo; il viaggiatore non ha alcuna ingerenza sul movimento del treno, sulla direzione del medesimo, sulla velocità, sulla relazione con altri treni che si muovono nello stesso verso o in senso contrario. Egli deve obbedire a tutte le prescrizioni degli agenti della compagnia, in conformità ai regolamenti; è posto quindi

(1) Decis., 10 dicembre 1896 (*T. Gen.*, 1897, 38). Invece, l'inapplicabilità dell'art. 409 Cod. comm. al trasporto delle persone fu ritenuto dalla Corte d'appello di Firenze, 21 aprile 1898 (*Ann.*. 1898, 116), che ammise però la responsabilità contrattuale.

Digitized by Google

sotto la dipendenza dell'imprenditore, come ogni altra cosa che costituisca oggetto del traffico (1). E questa è la dottrina accolta da tutti gli scrittori francesi (2).

16. Rissetti, annotando la decisione 10 giugno 1896 della Corte d'appello di Roma (3), ricorda come la stessa suprema Corte di Napoli colla decisione sopra menzionata del 10 luglio 1895, avesse giudicato che l'azione del viaggiatore contro il vettore fosse fondata sulla colpa extracontrattuale, e trova più razionale questo sistema, perchè l'uomo non può essere oggetto di un contratto, e perchè « deposito e custodia non possono verificarsi a riguardo della persona che ha volere ed intelligenza, che va dove la sua volontà lo porta e che quindi presta il suo consenso ad entrare nel carrozzone, nel battello od altro veicolo fornito per il trasporto ». La stessa ragione per ritenere d'indole eccezionale l'art. 1631 Cod. civ. e 400 Cod. comm. è addotta dall'avv. Rougier, annotatore della decisione 22 settembre 1897 della suprema Corte torinese (4), e che trova profonda la differenza tra il trasporto delle persone e quello delle cose. Chi affida le sue merci al vettore non le segue durante il

---

(1) Op. cit., n. 1058.

(2) Riproduciamo la nota di richiami tale quale leggesi nel libro del Sourdat. « Impegnarsi a fare per mare, dice con ragione M. Sainctelette (p. 131 e 132), il trasporto delle persone e delle cose, è, in termine di buona fede, garantire che il battello viaggierà.....; impegnarsi a farlo per via ferrata, è garantire da ogni male proveniente dal trasporto le persone o le cose. Conf. BAUDRY-LACANTINERIE e WAHL, *Locaz.*, tom. 2°, pag. 302, n. 1687; BEDARRIDE, *Trasp. per ferr.*, n. 439 e seg.; TENION, *Man. dell'eserc. delle ferr.*, p. 142; CHAVEGNIN, *Nota alla decis. della Corte di Parigi*, 31 gennaio 1895 (*S.*, 1896, 2, 225); ESMEIN, *Nota alla decis. della Cass.*, 16 giugno 1896 (*S.* 1897, 1, 17, § 4, pag. 20, 2ª col.); LUIGI SARRUT, *Diss. sulla decis. delle Cass.*, 16 novembre 1884 (*S.*, 1885, 1, 433); FROMAGEOT, *Della colpa, ecc.*, p. 244 e 245; Parigi, 27 novembre 1866 (*S.*, 1867, 2, 320); 27 luglio 1892 (*D.*, 1892, 2, 557); 9 marzo 1894 (*D.*, 1897, 2, 515); 2 luglio 1894 (*D.*, 1895, 2, 63); Aix, 12 dicembre 1887 (*D. suppl. v. commiss.*, n. 96); *Trib. com. della Senna*, 1893 e 20 maggio 1895.

(3) V. *F. It.*, 1897, 1, 301.

(4) V. *F. It.*, 1897, 1, 1275.

Digitized by Google

trasporto. Se arrivano a destinazione avariate, sarebbe quasi sempre difficile o impossibile di provare come e quando sia avvenuta l'avaria; invece per le persone non è così, per la ragione che presenti al sinistro sono ordinariamente i compagni di viaggio ed il personale addetto al trasporto.

Ma puossi rispondere cogli scrittori sopra menzionati che l'articolo 1631 (fr. 1784) considera espressamente il trasporto delle cose occupandosi *de eo quod plerumque fit*, e vi comprende ogni specie di trasporti, identiche essendo in ogni contratto di trasporto la causa e la natura delle obbligazioni del vettore. Ciò che preoccupa i predetti scrittori è l'onere della prova. Ammettiamo, dice il Nougier, che anche in questo contratto (cioè di trasporto delle persone) sia insito l'obbligo nel vettore di trasportare a destinazione il viaggiatore sano e salvo, e quindi di usare mezzi tali di trasporto o di condurre i veicoli in modo da evitare infortuni a chi gli affida la sua persona. Ma basterà che il viaggiatore provi di essere arrivato a destinazione con una lesione personale perchè senz'altro si possa far luogo alla condanna dell'amministrazione ferroviaria, a meno che questa possa provare la nessuna relazione dell'infortunio col contratto di trasporto, ad esempio, che la lesione fu cagionata da una colluttazione del viaggiatore con altri durante il viaggio? Questa, si dice, sarebbe la conseguenza logica del volere applicare al trasporto delle persone le disposizioni che riguardano il trasporto delle cose.

17. Nulla di tutto questo; qui si tratta di infortunii avvenuti durante il trasporto o in occasione del medesimo, e chi allega di essere stato danneggiato a causa d'infortunio, deve giustificare che questo siasi verificato. Sarebbe ridicolo che un viaggiatore si presentasse colla faccia contusa, con una ferita qualsiasi, e dicesse al vettore: dimostrate che ciò non abbia avuto luogo a causa del trasporto. Il fatto dannoso debb'essere giustificato da chi lo asserisce e debb'essere giustificato con le modalità che lo accompagnano; l'indagine sulla colpa vien dopo. Il quesito va posto così: verificatosi un infortunio, la colpa del vettore si presume ovvero no? Ed il Nougier ne conviene, perchè respinta l'applicazione

Digitized by Google

delle sopra menzionate disposizione del Codice civile e di quello commerciale, domanda: si dovrà pretendere per questo dal danneggiato la prova non solo del disastro ferroviario, che fu causa della lesione, ma anche la prova che quel disastro non avvenne per caso fortuito o per forza maggiore, ma per colpa dell'amministrazione? Se, p. e., il ferimento fosse avvenuto in uno scontro, provato questo si dovrà provare anche la colpa dell'amministrazione? La risposta al quesito non può darsi complicandolo coll'onere della prova, ma semplificandolo e muovendo dall'indole della colpa. Se si ritenga che questa sia contrattuale, dato l'infortunio, il viaggiatore deve dimostrare che sia stato l'effetto della colpa del vettore, salvo a questo di provare che sia stato l'effetto del caso fortuito o della forza maggiore. Applicando la presunzione di colpa che è stabilita pel trasporto delle cose, spetta al vettore il distruggerla. Nougier non vuol preoccuparsi delle conseguenze più o meno favorevoli che da una o da un'altra opinione possono derivare all'operaio o al viaggiatore in confronto col vettore, e vuole risolvere la quistione *dal solo punto di vista dei principii giuridici*, muovendo dalla premessa « che l'imprenditore, il quale colla sua negligenza cagiona danno all'operaio, avendo trascurate quelle cautele che valgono ad evitare infortuni sul lavoro, manchi ad un obbligo contrattuale, e così vi manchi il vettore, che per sua negligenza arrechi danno al viaggiatore ». Che avverrà allora? L'autore si aggira in un circolo vizioso, dicendo che anche ammessa la colpa contrattuale nel vettore che produsse l'infortunio, l'errore stia nel credere che ogni qualvolta vi sia la violazione di un obbligo contrattuale, si debba parlare di colpa contrattuale, non di colpa aquiliana, perchè quando la violazione di un obbligo contrattuale assurga ad essere la violazione di uno di quei doveri che, indipendentemente da qualunque contratto incombano ad ogni persona, vi sia una colpa aquiliana, vi sia cioè un delitto civile o un quasi delitto, il quale avrà bene avuto dal contratto l'occasione di consumarsi, ma è anzitutto la violazione di un dovere morale e giuridico e non solo di un obbligo contrattuale. In tal caso, poichè ognuno deve curare che dalla sua negligenza altri non abbia

Digitized by Google

danno, se manchi a tale obbligo, sarà responsabile in forza del principio generale scritto nell'articolo 1151 Codice civile; come se vi avrà mancato qualche suo dipendente, lo sarà in virtù dell'altro generale principio, scritto nell'articolo 1153, quand'anche l'obbligazione a cui avesse mancato si potesse poi ritenere portata da un contratto e la sua colpa ritenere come la violazione di un più speciale obbligo contrattuale (1).

Ma se si ammette che la colpa sia contrattuale, come può confondersi con quella extracontrattuale? L'una o l'altra può verificarsi. Se si riconosce che il vettore negligente manchi ad un obbligo contrattuale, discutiamo su questa colpa senza preoccuparci se altra ve ne possa essere al di fuori del contratto, in occasione del contratto, e che renda responsabile il vettore a mente dell'articolo 1151 del Codice civile. Ebbene, ammessa la responsabilità contrattuale del vettore per la sua negligenza, perchè limitarla, come fa il Nougier, ai danni *derivanti da ritardi o da anticipata partenza del treno*, e non per le lesioni che il viaggiatore potrà riportare per effetto di infortunii? A questo modo non si esamina la quistione dal punto di vista dei principii giuridici; tutt'altro.

Noi riteniamo la responsabilità contrattuale del vettore per ciò che si riferisce alla incolumità personale delle persone che si trasportano; ed in ordine alla prova riteniamo altresì che ben possa invocarsi la presunzione stabilita negli articoli 1631 Codice civile e 400 Codice commerciale. Il viaggiatore nulla deve provare di fronte all'infortunio, al disastro ferroviario o marittimo, se domandi il risarcimento del danno subìto, o se decesso in occasione al disastro, l'azione venga sperimentata da coloro che vi abbiano diritto. Sarà l'azione *ex contractu*, e spetterà al vettore la dimostrazione del caso fortuito o della forza maggiore. « Se avvenga un accidente al di fuori di ogni azione personale del viaggiatore, scrive il Sourdat, p. e. rottura delle vetture, deragliamento, urto di treni, il viaggiatore nulla deve provare, la riparazione gli è dovuta senza difficoltà se la compagnia non faccia la prova della forza maggiore, del caso fortuito o della colpa

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

dell'attore e che sarebbe stata la causa diretta del danno. Qui sta tutto l'interesse della quistione, poichè in fondo, sia che la responsabilità dell'impresa derivi dal contratto di locazione o dall'articolo 1382, le conseguenze saranno quasi le medesime. Noi ammettiamo perfettamente che la compagnia sarà responsabile in virtù di quest'ultima disposizione per ogni fatto che non si legasse direttamente all'esecuzione del contratto e non si verificasse se non in esecuzione del trasporto » (1).

18. Negando la presunzione di colpa contro il vettore di persone, la conseguenza sarebbe di addossare al viaggiatore, in ciascun caso d'infortunio, l'onere di provare la colpa del vettore; il che renderebbe assai difficile l'esercizio dell'azione di risarcimento, mentre, d'altra parte, agevole rendesi l'esercizio di tale azione per le cose affidate al vettore. E questa differenza è tale da ripugnare ad ogni principio di diritto, da non poterci affatto indurre a ritenere che possa essere conforme all'intendimento del legislatore. Quando l'analogia sia suffragata da indiscutibili ragioni di giustizia e di equità; quando è conforme ai principii generali di diritto, perchè non debb'essere applicata? Coloro che vorrebbero escludere la colpa contrattuale nell'interesse dei vettori, non è a negarsi che tutelino bene tale interesse, perchè riconoscendo la sola colpa extracontrattuale, riversano l'onere della prova sul viaggiatore, e sotto aspetto di farlo godere di un maggiore vantaggio (perchè il vettore risponderebbe anche della colpa lievissima), lo privano di un vantaggio maggiore, obbligandolo a provare la colpa del vettore medesimo.

Data la prova dell'infortunio e della lesione, si risponde da chi ritiene trattarsi di colpa aquiliana, nulla deve il viaggiatore provare. « Si dovrà pretendere dal danneggiato la prova non solo del disastro ferroviario, che fu causa della lesione, ma anche la prova che quel disastro non avvenne per caso fortuito o forza maggiore, ma per colpa dell'amministrazione. Se p. e. il ferimento avvenne in uno scontro, provato questo si dovrà anche provare la colpa

(1) Op. cit., n. 1058.

Digitized by Google

dell'amministrazione? » (1). Per l'appunto; bisognerebbe provare il fatto dannoso e la colpa, perchè la negligenza non si presume, tranne quando la presunzione sia stabilita dalla legge. Sarebbe enorme presumerla in ogni caso di infortunio, come il ritenere che in ogni caso di urto di treni ferroviarii la colpa sia *in re ipsa,* e con ragione il Vidari ha in ciò ravvisato una contraddizione (2). Il Nougier non trova contraddizione e reca esempi in cui talvolta la colpa scaturisce *ex re ipsa*, senza che il danneggiato debba dare la prova negativa del caso fortuito o della forza maggiore; ma l'esempio non calza punto. Nessun dubbio che se io venga ferito da un'arma da fuoco esplosa sulla pubblica via, mi basti provare il fatto del ferimento, essendo evidentemente in colpa chi esplode armi nelle pubbliche vie, contravvenendo anche alla legge di sicurezza pubblica. Ma dall'essersi verificato un urto di treni ferroviarii o un deviamento di treno, non deriva una colpa *ex re ipsa.* Così, non possiamo ammettere quel che afferma lo stesso scrittore, cioè che se la lesione sia avvenuta per un incendio della vettura o per una frana caduta sulla strada ferrata, il viaggiatore non avrà che da provare l'incendio o la frana, salvo all'amministrazione di provare la sua irresponsabilità, perchè questi disgraziati accidenti portano in sè stessi l'impronta della colpa e tradiscono negligenza o imperizia in chi doveva provvedere e non provvide in maniera da rimuovere ogni pericolo di danno. Tutto ciò sta bene in tema di colpa contrattuale, ma se vogliasi sostenere in tema di colpa aquiliana, bisogna provare che la frana sia caduta per imprevidenza dell'amministrazione ferroviaria, e così l'incendio della vettura.

19. Un ultimo argomento invoca il Nougier in favore dell'opinione che esclude la responsabilità contrattuale del vettore, argomento che crede *sfuggito sinora a quanti trattarono la quistione.* Talvolta il contratto di trasporto delle persone può aver luogo non tra vettore e viaggiatore, come nei casi in cui le ferrovie trasportino detenuti. Lo Stato

(1) Nougier, loc. cit.
(2) *Corso,* V, n. 3354, nota.

Digitized by Google

non si può ritenere rappresentante le persone trasportate, che possono essere anche costrette a viaggiare contro la loro voglia; in questi casi, dice il Nougier, avvenuto un infortunio a danno di un detenuto, sarebbe assurdo parlare di colpa contrattuale, di azione d'indennità *ex contractu*. Bisognerebbe o ritenere la responsabilità della Società ferroviaria o dell'intraprenditore verso lo Stato, che è l'altro contraente, ovvero negare qualsiasi responsabilità, a meno che si volesse ritenere che la colpa, contrattuale negli altri casi, diventi allora aquiliana. E tale sarebbe, diciamo noi, la colpa se i detenuti che vengono trasportati in ferrovia o con altri mezzi, potessero equipararsi a merci; ma conservando la personalità umana, è anche loro applicabile il contratto di trasporto delle persone. Se non che, i detenuti non possono contrattare col vettore; in loro vece contratta lo Stato, ma contratta per fare trasportare uomini ad una data destinazione. È nè più, nè meno di quando il padre viaggia in compagnia di figliuoli minorenni, o quando un tutore viaggia in compagnia dell'interdetto; nè i minori, nè l'interdetto contrattano; eppure il vettore conchiude il contratto di trasporto col padre o col tutore, ed assume gli obblighi che dal contratto derivano rispetto a tutti.

20. Quando si domanda se per lo stesso contratto possa esservi concorso di colpa contrattuale e di colpa aquiliana, la quistione non è posta a rigore di logica. Se è colpa aquiliana, non può derivare dal contratto, nè dall'esecuzione del medesimo; e senza far paragoni con contratti diversi da quello di locazione d'opera, la responsabilità aquiliana non può rinvenirsi se non al di fuori di ciò che riferiscesi all'esecuzione del contratto, quantunque in occasione dell'esecuzione di esso. Gabba adduce un esempio assai bene scelto. Suppongasi uno scoppio di caldaia, una esplosione qualunque avvenuta in una fabbrica, per cui questa rovini in tutto o in parte, o si incendi e periscano o vengano lesi operai che non lavoravano intorno alla macchina scoppiata o alle sostanze infiammabili che esplosero. In questi e simili casi gli operai danneggiati o i loro aventi causa ben possono domandare risarcimento per colpa aquiliana. « Rispetto ai

Digitized by Google

danni che all'operaio provengono da cause, cioè da condizioni dell'industria che non concernono il suo proprio lavoro individuale, egli è nella stessa condizione giuridica come qualunque estraneo all'azienda medesima. E come un terzo estraneo può domandare al padrone di una industria risarcimento del danno che per colpa di lui o dei suoi dipendenti gli sia da quell'industria provenuto, così lo può l'operaio; ma l'uno e l'altro non possono addurre altro fondamento della loro domanda fuorchè l'articolo 1151 e seg.; non possono cioè che far valere la responsabilità aquiliana del padrone, dimostrando la colpa di questo, oppure quella di qualcuno dei suoi dipendenti; altrimenti si viene a ricadere nella tesi già confutata sopra, dell'obbligo del padrone di garantire la incolumità degli operai » (1).

Ecco un altro esempio che adduce il Sourdat e che formò obbietto di decisione della Corte di Amiens e della Cassazione. Un viaggiatore scende dal treno con fretta e corre per traversare una via verso la quale arriva un treno rapido, al quale non aveva fatto attenzione e che non poteva essere visto in parte a causa di un altro treno fermo in un binario parallelo; colto dal treno, rimane ucciso. Si potrebbe dire che essendo effettuato il trasporto, il contratto abbia ricevuto la sua piena esecuzione; che il viaggiatore sia rimasto padrone di sè stesso, avendo ripresa la sua libertà d'azione; che la colpa la quale implicherebbe la responsabilità della compagnia debba essere provata secondo le regole della colpa aquiliana. La Corte di merito e quella regolatrice ritennero applicabile soltanto l'articolo 1382 (it. 1151) e non l'articolo 1784 (it. 1631). Sourdat invece crede che il viaggiatore debba essere garantito sino a quando esce fuori dalla stazione ferroviaria. Sino a quando da sè stesso non abbia constatato, così egli dice, mercè la restituzione del biglietto di uscita, che tutto sia stato esaurito e che la compagnia abbia soddisfatto alle sue obbligazioni, resta ancora ad essa affidato, sotto la sua dipendenza, sotto la sua sorveglianza e la guardia dei suoi agenti, colla garanzia che deve essergli assicurata in virtù del contratto stesso, nè più, nè meno come

(1) Monogr. cit. nel *F. It.*, 1898, 1, 881.

Digitized by Google

di un oggetto non ancora consegnato al destinatario. « Senza dubbio, conchiude il Sourdat, questo dovere le incombe sopratutto durante il viaggio, ma sussiste ancora al momento dell'arrivo. Le discese dalle vetture debbono operarsi in maniera che il viaggiatore non sia esposto ad una caduta, all'urto di una macchina o di un treno; quindi pensiamo che nei casi di accidente del genere menzionato, spetti alla Compagnia di giustificare la sua liberazione, provando che l'accidente non le sia imputabile » (1).

21. Noi facciamo pieno omaggio a questa dottrina, che il Sourdat spinge alle ultime conseguenze quando sostiene che la Società ferroviaria debba assistere il viaggiatore nelle disgrazie che possono accadergli non solo per colpa della Società stessa, ma anche per caso fortuito, come in un attacco di paralisi, in un accesso di alienazione mentale, ecc. Queste poche righe che trascriviamo fanno onore alla scienza ed allo scrittore che le vergava: « Abbandonare l'ammalato sulla strada pubblica o in un luogo isolato, nella casa di un cantoniere, dove non può ricevere i soccorsi necessari, sarebbe contrario alla buona fede che deve presiedere alla esecuzione dei contratti. Secondo il contratto, egli debb'essere condotto al luogo di arrivo; bisogna quindi dargli tutte le cure compatibili colla necessità di un treno in viaggio, deporlo nel luogo più conveniente, avendo riguardo alla condizione del medesimo, ed occorrendo farlo accompagnare da un impiegato, salvo ben inteso il pagamento delle spese che tali misure possono occasionare » (2).

22. Ma l'amministrazione ferroviaria sarebbe responsabile del danno che ai viaggiatori potesse prevenire dal fatto dei terzi? No, senza dubbio, se essa non sia in colpa. Un malvagio colloca sul binario un ostacolo, per cui un treno devia e precipita; un altro assassina un viaggiatore. In questi e simili casi non può ritenersi obbligata l'ammi-

(1) Op. cit., n. 1057.
(2) Op. cit., n. 1058 *bis*.

Digitized by Google

nistrazione ferroviaria, tranne che questi fatti fossero stati preceduti da colpa o da questa aggravati (1).

23. Può avvenire che prima di dar luogo al contratto di locazione d'opera, il conduttore trascuri quella diligenza necessaria a che il locatore, nell'eseguire poi il contratto stesso, non ne rimanga danneggiato. In questi casi il contratto è occasione al danno; la colpa lo precede, è al di fuori del medesimo, ed ha carattere esclusivo di colpa aquiliana. Ciò avviene, p. e., quando nei brefotrofii si dànno per l'allattamento infanti affetti da sifilide, per cui ne rimanga contagiata la nutrice. In altro luogo discorriamo di questa colpa sotto il punto di vista delle persone che sono responsabili del risarcimento; qui affermiamo il principio della responsabilità per colpa aquiliana.

Contempliamo il contratto che si forma tra la nutrice ed il genitore del bambino. Non può ammettersi che la nutrice si obblighi ad allevare qualsiasi bambino, anche affetto da lue che possa contagiarla; altrimenti dovrebbe attribuirsi un carattere aleatorio a questo contratto, il che non è per nulla nella intenzione della donna che si presta all'allattamento. Orbene, nei casi in cui la medesima abbia esercitato azione di risarcimento contro i genitori del bambino, che era già affetto da lue sifilitica, si è ritenuto che l'azione fosse derivata *ex contractu,* presumendosi l'obbligo di non affidare a nutrice sana il bambino nella condizione predetta. Si è creduto di agevolare la nutrice facendo ricadere sui genitori l'onere della prova di non aver violato il contratto. La suprema Corte romana ritenne che nella specie si tratti di colpa contrattuale. Escludendo con ragione che il contratto sia aleatorio, la Corte afferma che « il concetto onde doveva guardarsi il contratto era quello più logico e giuridico, per cui essendo esso bilaterale fra la nutrice ed il brefotrofio, non solo una delle parti era tenuta a prestar l'opera sua allattando e l'altra a corrispondere la mercede, secondo quello che indispensabilmente si richiede dall'articolo 1570

(1) SOURDAT, n. 1058 *ter;* SAINCTELETTE, loc. cit.

Digitized by Google

Cod. civ., ma entrambe venivano inoltre a collocarsi in una sfera di diritti e di doveri reciproci, in relazione allo scopo cui ciascuna tendeva ed alle condizioni nascenti dalle condizioni dello Stato che regola l'ente suddetto (il brefotrofio) » (1). E così ritiene violato il contratto per colpa nell'esecuzione del medesimo.

Ma noi insistiamo su quanto abbiamo già detto. Dopo aver conchiuso un contratto di baliatico, venendosi a scoprire che il bambino era sifilitico, la colpa risale al momento in cui fu fatta la proposta del contratto medesimo. Ora, chi propone un contratto dannoso è responsabile di delitto o di quasi delitto.

24. La legge del 1898 sugli infortunii del lavoro ha imposto, nelle condizioni indicate all'art. 1°, agli imprenditori l'obbligo dell'assicurazione in pro degli operai; ma gli imprenditori non possono sottrarsi alla maggiore responsabilità nei casi di colpa (2). Restano impregiudicate quindi le regole che concernono la detta responsabilità.

In altro lavoro speriamo di occuparci delle singole disposizioni della legge anzidetta; qui però non possiamo trasandare una indagine importante quale è quella che riguarda i limiti entro i quali la legge deve essere applicata.

La suprema Corte romana con decisione 16 gennaio 1902 (3) aveva considerato che l'espressione *imprese edilizie*, usata nell'articolo 1° della legge predetta, fosse assai vasta da comprendere tutti i lavori *di una certa entità ed importanza;* e così l'art. 2 del relativo regolamento. « Non vi è ragione, aveva detto, di escludere il proprietario, che, senza servirsi di intermediario, attende da sè ai lavori di costruzione o di restauro della propria casa, e sarebbe assurdo supporre che la legge obblighi il solo appaltatore e tenga liberato il proprietario, quasichè l'operaio fosse esposto ai pericoli dipendenti dal lavoro soltanto quando è a servizio

(1) Decis. 26 maggio 1902 (*Foro It.*, 1902, 1, 1132). Conf. Torino, 21 aprile 1903 (*Ibid.*, 1903, 1, 1740).

(2) Cassaz. Torino, 6 dicembre 1901 (*Legge*, 1902, 1, 261).

(3) *F. It.*, 1902, 1, 208.

Digitized by Google

di un appaltatore e ne fosse immune quando ne è adibito dal proprietario, divenuto appaltatore della casa propria, o quasi la legge di cui si discorre non si proponesse per propria fine la tutela dell'operaio, ma la persecuzione dello speculatore ».

Questa interpretazione era addirittura erronea, ed il supremo collegio non tardò a ravvedersi, perchè con decisione 4 ottobre 1902 (1) mutò avviso. Considerò che il significato nel quale si prende l'espressione *impresa di costruzioni* è quello in cui le spese siano fatte da chi assume l'opera, per cui havvi un lucro che è rappresentato dalla differenza tra il prezzo convenuto e le spese. Ora la legge sugli infortunii non contraddice a questo concetto, e l'azione della medesima non si può estendere indeterminatamente a qualsiasi industria, ma a quelle che hanno qualche importanza, dovendosi escludere le costruzioni non fatte a scopo di speculazione dal proprietario, anche nel caso che taluno le esegua aiutato dai suoi dipendenti (2).

CAPITOLO XII.

DELLA COLPA PROFESSIONALE.

1. *Disposizioni delle leggi romane sul danno commesso per imperizia. Soluzione dubbiosa nel diritto odierno.*
2. *Continua.*
3. *Continua.*

---

(1) *F. It.*, 1902, 2, 468.

(2) Già la stessa Suprema Corte romana, con decisione 15 gennaio 1902 (*Infortuni*, I, 245), aveva ammesso non essere applicabile la legge del 1898 alle piccole industrie quasi casalinghe. Nel senso della non applicabilità ai lavori che il proprietario faccia eseguire in economia, conf. Torino, 13 settembre 1901 (*F. It.*. 1902, 1, 204). E la responsabilità andrebbe sempre regolata dall'art. 1151 del Cod. civ., secondo la Corte di Genova, dec. 21 ottobre 1904 (*T. Gen.*, 1904, 695). Ma questo principio va applicato discernendo sempre se si tratti di colpa contrattuale o aquiliana.

Digitized by Google

4. *Teorie seguìte dalla patria giurisprudenza sulla responsabilità dei medici.*
5. *Esame critico della dottrina prevalente che ravvisa il quasi delitto nella colpa professionale.*
6. *Continua.*
7. *Continua.*
8. *Continua.*
9. *Continua.*
10. *Continua.*
11. *Continua.*
12. *Responsabilità civile degli avvocati e dei procuratori.*
13. *Continua.*
14. *Continua.*
15. *Responsabilità civile dei notari.*
16. *Continua.*
17. *Continua.*
18. *Continua.*
19. *Continua.*
20. *Continua.*
21. *Continua.*
22. *Responsabilità degli uscieri.*
23. *Responsabilità dei periti.*
24. *Continua.*
25. *Continua. Può ritenersi la responsabilità del perito giudiziario per colpa dopo che la sentenza sia passata in giudicato?*
26. *I magistrati rispondono di colpa?*
27. *Continua.*
28. *Continua.*
29. *Continua.*
30. *Continua.*
31. *Continua.*
32. *Continua.*

1. L'imperizia implica colpa: *Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam*, libro VIII, Dig., *scripsit...; et quod imperitia peccavit, culpam esse, quia ut artifex conduxit* (1). Alla imperizia può aggiungersi la negligenza, e questa può anche sussistere indipendentemente dalla imperizia. Ma i professionisti, gli artigiani, gli esercenti mestieri non sono che locatori d'opera; di quale colpa quindi risponderanno? Di quella contrattuale o di quella aquiliana? Si può agire in base dell'una o dell'altra, insegna Ulpiano sulle orme di

(1) Fr. 9, § 5, Dig. 9, 2.

Digitized by Google

Proculo. *Proculus ait si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato, vel ex lege Aquilia competere actionem* (1). Ma pare che i giureconsulti romani propendessero per ritenere responsabili di colpa aquiliana i sanitari imputati d'imperizia o di negligenza. *Idem juris est*, dice Gajo, *si medicamento perperam usus fuerit. Sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpae reus intelligitur* (2). E così nel caso della levatrice che appresta il farmaco (3).

Nel diritto odierno si è dubitato se la responsabilità civile dei professionisti derivi da colpa contrattuale od aquiliana. Laurent comincia dall'affermare che la questione non possa nemmeno esser fatta. La Cassazione dichiarò che gli articoli 1382 e 1383 contengono una regola generale, quella dell'imputabilità della colpa e della necessità di riparare il danno che si è cagionato non solamente col fatto proprio, ma con la propria negligenza o imprudenza. Ogni persona, qualunque si fosse la sua situazione o la sua professione, è sottoposta a questa regola che non comporta altre eccezioni se non quelle espressamente stabilite dalla legge (4). D'altra parte la Corte d'appello di Bruxelles (5) aveva ritenuto essere ingiusto ed irragionevole che venissero ai medici applicati gli articoli 1382 e 1383 del Codice civile, e che fossero resi responsabili dei rimedi che impiegano, come sarebbe assurdo che non rispondessero della loro colpa. Ed allora, quando il medico sarà responsabile? Il giudice, risponde Laurent, non ha che una sola regola da seguire, cioè quella degli articoli 1382 e 1383.

I medici, secondo il predetto scrittore, sono sottoposti al diritto comune; sono responsabili quando commettono un danno per loro colpa. Dupin aveva così conchiuso innanti la Cassazione: « È impossibile di stabilire in una maniera generale il limite della responsabilità dei medici. È còmpito del giudice il determinarla in ogni singolo caso, secondo i fatti e le circostanze, che possono variare all'in-

(1) Fr. 7, § 8, Dig. 9, 2.
(2) Fr. 8, pr. Dig. 9, 2.
(3) Fr. 9, Dig. 9, 2.
(4) Rig., 21 luglio 1862 (Dalloz, 62, 1, 419).
(5) Arr. 12 gennaio 1828 (*Pas.*, 1828, 14).

Digitized by Google

finito, non perdendo mai di vista il principio fondamentale che deve sempre servirgli di guida, cioè, che un uomo, per essere responsabile nella sua professione, occorre che fosse stato in colpa, sia che gli fosse stata possibile una maggior vigilanza di premunirsene, o che il fatto addebitatogli fosse tale da non essere permessa l'ignoranza professionale. I tribunali ne faranno applicazione con discernimento, lasciando alla scienza quel còmpito lato di cui è bisogno, ma lasciando alla giustizia ed al diritto tutto ciò che loro appartiene ».

2. Dopo l'anzidetto, nessuno si aspetterebbe il dubbio del Laurent, se la responsabilità dei medici debba essere regolata dagli articoli 1382 e 1383, ovvero dall'art. 1137 (ital. 1224) del Codice civile. Ciò che abbiamo ritenuto riguardo agli ufficiali ministeriali che sono obbligati per contratto, egli dice, ci pregiudica. Non si potrebbe negare la convenzione tra l'ammalato e il suo medico; questi risponde quindi della inesecuzione della sua obbligazione. Tale opinione fondata sul testo e sullo spirito della legge è anche in armonia coll'equità; e sarebbe assai pericoloso dichiarare i medici responsabili per effetto degli articoli 1382 e 1383, perchè dovrebbero rispondere della minima negligenza o imprudenza. Per isfuggire a tale conseguenza si è cercato di distinguere i fatti dell'uomo dai fatti del medico, dichiarando l'uomo responsabile di ogni colpa, mentre il medico non sarebbe tenuto che della colpa grave (1). È inutile discutere su questa distinzione, seguita il Laurent, perchè non ha base nè sul testo, nè sui principii; la Corte l'ha immaginata obliando che in ordine alla responsabilità vi fossero principii giuridici. Bisogna scegliere: o le regole della responsabilità convenzionale, che è quella della colpa lieve, o la responsabilità del quasi delitto, che è quella della colpa lievissima. La responsabilità ammessa dalla Corte di Metz non è nè l'una, nè l'altra, cioè è fuori della legge (2).

(1) Metz, 21 maggio 1867 (Dalloz, 1867, 2, 110).
(2) Op. cit., XX, n. 516.

Digitized by Google

È facile accorgersi della perplessità dell'illustre scrittore. Se la teoria della Corte di Metz è fuori della legge, quella del Laurent non si sa in definitiva quale sia; è un oscillare continuo senza che la mente possa riposare sopra un principio sicuro.

3. Altri scrittori non si occupano di sapere se la responsabilità professionale vada giudicata alla stregua della responsabilità contrattuale o di quella aquiliana, ed in occasione della responsabilità del medico si limitano a determinare quando egli possa dirsi in colpa. Esercitando una professione perchè la legge glie ne dà il diritto a causa degli studi fatti, scrive il Sourdat (1), il medico deve agire con indipendenza, secondo i lumi della coscienza propria; e quantunque sia malagevole ai giudici di decidere quistioni di simil genere, possono sempre giudicare se da parte del medico vi fosse stata negligenza qualificata, abbandono delle precauzioni che la prudenza ordinaria comanda, delle regole ammesse da tutte, come certe, come l'abbandono dell'ammalato, ecc. Quivi l'uomo dell'arte risponde non degli errori che possa commettere nell'esercizio della sua professione, quando i fatti che gli si rimproverano siano di quelli che per loro natura formino obbietto di dubbio e di discussioni scientifiche, ma dell'imprudenza, della leggerezza, della disattenzione, come quando visita con ritardo e superficialmente l'ammalato, senza tener conto delle sofferenze del medesimo, ecc. Ma la stessa perplessità del Laurent si osserva nei ragionamenti del Sourdat. Egli domanda se bisogna limitare la responsabilità del medico, come fanno il maggior numero delle decisioni, ai casi di colpa grave; e risponde che la limitazione non è nella legge, non è scritta negli articoli 1382 e 1383 del Codice civile. Qualche analogia si può trovare nel mandato per effetto del quale si risponde della colpa lieve in *abstracto* (art. 1992 — ital. 1746). E conchiude che il medico possa essere tenuto di colpa lieve, purchè certa e qualificata, lasciando largo apprezzamento ai tribunali (2).

(1) Op. cit., n. 677.
(2) Op. cit., n. 677 *bis*.

Digitized by Google

4. La patria giurisprudenza ha ritenuto il principio secondo il quale la responsabilità dei medici va misurata alla stregua della colpa aquiliana. La suprema Corte romana afferma che *il dubbio non sia possibile* (1). Avrebbe dovuto giustificare tale assunto di fronte al dubbio che ha agitato la mente di scrittori autorevoli; invece la Corte regolatrice si limita a questa semplice motivazione: « I due articoli che riflettono la colpa aquiliana contengono una regola generale, quella della imputabilità del proprio fatto, sia anche per negligenza o imprudenza, e della necessità di riparare il danno che ad altri sia stato inferto. Se, difatti, il quasi delitto è un fatto di commissione o di omissione, che, senza intenzione di nuocere, produce un pregiudizio, non ci ha nessuna eccezione a fare rispetto alla persona da cui ripete la sua causa quel fatto medesimo; e però i medici, come nel caso concreto, i professori di psichiatria sono soggetti al diritto comune. Il principio non comporta altre eccezioni, meno che non siano nella legge ».

Ma se tra il medico e l'ammalato ha luogo una convenzione, come in ogni altro caso, in cui abbiamo bisogno dell'altrui opera professionale, era necessario indagare se trattavasi di colpa contrattuale ovvero di colpa aquiliana, e non proclamare *de plano* che trattavasi di colpa aquiliana e che il dubbio non sarebbe stato ammessibile! Forse le circostanze del fatto saranno influite sul giudizio della Corte, perchè nella specie trattavasi di un certificato che i dottori psichiatrici avevano rilasciato, qualificando demente chi non lo era, d'onde il risarcimento del danno; ma sotto il punto di vista giuridico, il fatto era dell'indole medesima di ogni altro attinente alla cura dell'ammalato, e non poteva produrre che le medesime conseguenze giuridiche. Ma il supremo Collegio, riconosciuto che nella colpa aquiliana si risponde anche della lievissima, ritenne che in materia di responsabilità professionale un solo criterio sia possibile, cioè « che l'esercente una professione liberale sia in colpa o quando gli sia stato possibile, per una maggiore attenzione di sè e dei suoi atti, di garantirsi contro l'errore

(1) Decis. 8 giugno 1886 (*F. It.*, 1886, 1, 714), est. Majelli.

Digitized by Google

commesso, o quando il fatto addebitatogli sia di tal natura che l'ignoranza d'ond'esso sia derivato non sia scusabile nell'esercizio di una professione. » Ma questa sarebbe colpa contrattuale e non aquiliana.

Ed in altre decisioni fu ritenuto che la negligenza, l'imperizia debbono avere un carattere di gravità abbastanza accentuato da non confondersi con quell'errore, con quella imperizia che possono dar luogo a un quasi delitto (1); che l'errore professionale sia scusabile purchè non grossolano, da far supporre l'ignoranza delle norme più comuni della scienza medica (2); che la omissione di cure, di diligenza non può confondersi con l'errore professionale (3).

5. La dottrina che ravvisa il quasi delitto nella colpa professionale è prevalente (4). Chironi osserva con ragione che l'imperizia, l'errore professionale non assumono la figura della colpa aquiliana; ricorda il pregiudizio nel qualificare il rapporto giuridico derivante dall'esercizio delle professioni liberali, e per cui anche dopo la codificazione si ricorse alla teoria del mandato (5). Ma, dopo di avere respinta tale teoria che risale a Pothier, insegna che può riscontrarsi ora la locazione d'opera, ora il mandato e qualche volta l'uno e l'altro. Mandato è pel procuratore, locazione d'opera per l'avvocato, e se il procuratore faccia da avvocato havvi il mandato e la locazione (6).

Dall'anzidetto il lettore si convincerà come sia necessario di ben determinare la relazione giuridica che sorge tra i professionisti e coloro che si giovano dell'opera dei medesimi.

---

(1) Cass. Roma, 18 marzo 1885 (*Gazz. Proc.*, 1885, 358); Roma, 2 febbraio 1894 (*Legge*. 1894, 2, 88).

(2) Bologna, 2 marzo 1902 (*Filangieri*. 1902, 862).

(3) Bologna, 11 giugno 1901 (*Dir. e Giur.*, 1901, 365).

(4) Aubry e Rau, § 344; Guillouard, *Contr. di locaz.*, II, n. 692 e seg.; Demolombe, VIII, n. 556; Pacifici-Mazzoni, *Locaz.*, n. 268; Giorgi, V, n. 155. Ferrini, op. cit., n. 120 che cita una decis. della Cass. fiorentina, 12 luglio 1888 ed un'altra della Cass. romana 8 giugno 1886. nel senso della colpa aquiliana.

(5) Op. cit., § 51.

(6) Op. cit., § 53 e 53 *bis*.

Digitized by Google

Il più elementare buon senso giuridico ci dice che il medico, l'avvocato, l'ingegnere, il precettore, altro non facciano che prestarci dei servigi mercè conveniente retribuzione: e per ciò stesso altro non siano che locatori d'opera. Ma talvolta anche nel campo scientifico certi pregiudizii rabbuiano la verità delle cose. L'idea che un medico, un avvocato diano in locazione l'opera loro, e che al bisogno per farsi remunerare debbano agire coll'azione *ex locato*, parve così umiliante da suggerire a Pothier di ravvisare nell'opera professionale il mandato anzichè la locazione d'opera. Dopo avere dimostrato che il corrispondere un onorario al mandatario non offende il principio generale sulla gratuità del mandato, egli non crede che le remunerazioni dei professionisti siano il prezzo di una locazione d'opera, chè sarebbe umiliante. « Vi sono certi servigi pei quali, quantunque dipendano da una professione liberale, e che di conseguenza appartengano al contratto di mandato piuttosto che a quello di locazione, coloro che li rendono sono ammessi a dimandare in giudizio la ricompensa ordinaria. Tali sono i servigi che rendono, nelle loro professioni, i medici, i precettori di grammatica, di filosofia, di matematiche, ecc. L'azione che queste persone hanno per domandare il compenso dei loro servigi non è un'*actio ex locato*, ma è una *persecutio extraordinaria*, poichè questo compenso non è un fitto, non è il prezzo dei loro servigi, che sono inestimabili per loro natura, ma si regola su ciò che si suole ordinariamente dare nel luogo dove quelle persone esercitano la loro professione. L'azione è fondata sul principio che è conforme alla giustizia ed all'interesse pubblico che le persone le quali si dedicano a tali professioni, trovano nell'esercizio delle medesime di che soddisfare ai loro bisogni e mantenere le proprie famiglie; ed è perciò che allorquando trovano gente tanto ingrata da negarsi al compenso ordinario, la giustizia viene in loro ausilio e dà azione per ottenerlo » (1). E seguitando su quest'ordine di idee, continua: « Osservate una differenza tra questi compensi ed

(1) *Mand.*, n. 26.

Digitized by Google

il prezzo di ogni altro servigio remunerabile. Quando io abbia pagato questo prezzo mi sono disobbligato completamente verso la persona che mi abbia reso il servigio; non gli debbo nè ringraziamenti, nè gratitudine. Ma quand'anche io abbia pagato il compenso, secondo l'uso, pei servigi che dipendono da una professione liberale, come quella del medico, il compenso che io abbia pagato non è il prezzo di tali servigi, che sono inestimabili; io non mi disobbligo, ma resto sempre riconoscente verso il medico » (1).

6. Questi ragionamenti rivelano l'animo squisitamente gentile del celebre scrittore e di coloro che lo seguirono, Troplong vi ravvisa la espressione di quella dottrina spiritualistica alla quale furono educati i giureconsulti romani e gli scrittori francesi, e dice che non potrebb'essere abbandonata senza ferire l'onore di coloro che esercitano professioni liberali, senza eccitare in essi quello spirito di speculazione e di traffico che debb'essere bandito pel bene della società, e senza abbandonarsi ai pericolosi errori di un deplorevole materialismo (2).

E così la dottrina del mandato prevalse anche di fronte all'obbligazione desunta dalla gratuità del contratto. Il compenso, si disse, non è un prezzo, non è un corrispettivo; il mandato è una figura più nobile della locazione d'opera e quindi i professionisti non sono che mandatarii di coloro che li adibiscono (3).

La dottrina predetta trova il suo appoggio nel diritto romano, secondo il quale la stipulazione di un prezzo pel servigio che si rende muta il mandato in locazione d'opera. *Interveniente enim pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit* (4).

Nè l'*honor*, la *remuneratio* può ritenersi come mercede: *si remunerandi gratia honor intervenerit, erit mandati actio* (5).

---

(1) Op. cit., n. 27.
(2) *Locaz.*, n. 807 e 811.
(3) ZACHARIAE, loc. cit.; DURANTON, loc. cit., n. 196.
(4) Fr. 1, § 4, Dig. 17, 1. Conf. *Inst.*, 3, 17, 13.
(5) Fr. 6 pr., Dig. 17, 1.

Digitized by Google

Laonde, allorquando scriveva Pothier, la teoria romana era universalmente accettata (1).

E lo fu dopo il Codice. Fatta la solita distinzione, Merlin si domanda come distinguere le opere il prezzo delle quali sia compatibile coll'essenza del mandato dalle opere che si fanno in virtù del contratto di locazione. Per mezzo della natura medesima di queste opere, egli dice, o piuttosto dall'arte dalla quale dipendono. Dipendono da un'arte meccanica? Havvi contratto di locazione tra chi commette l'opera e colui che la esegue. Dipendono da un'arte liberale? Havvi contratto di mandato (2).

7. Ma qualche scrittore cominciò a dubitare dell'esattezza della dottrina da lui stesso seguìta. Esempio ne porge uno scrittore autorevole. Dopo di avere affermato che tra l'avvocato ed il cliente la convenzione è di mandato, Championnière (3) ne rimane fortemente dubbioso, e scrive così: Noi siamo lungi dal pretendere che queste regole distintive della locazione e del mandato non gratuito siano esenti da critica. Ciò malgrado, esse esistono, furono ammesse dalle leggi romane, insegnate da Pothier, sostenute da Merlin, consacrate in un arresto della Cassazione e rese necessarie dal Codice civile. Dichiarando infatti il mandato suscettivo di una mercede, l'art. 1986 esige imperiosamente una distinzione fra questo contratto e la locazione, per la ragione che le conseguenze di queste due convenzioni sono ben diverse; non si possono applicare all'una le leggi dell'altra senza confondere l'ordine delle cose. Vi sono forse altre regole distintive preferibili a quelle che abbiamo fatto conoscere? Può mai un tribunale respingerle senza eccedere i suoi poteri e sostenere, senza negare ciò che è certo, che esse non siano quelle che il legislatore aveva di mira? Eppoi in che maniera se ne potrebbero sostituire altre? Ritenendo colla locazione che i notari siano mandatari, è mestieri

---

(1) Cujacio, *Com.* in lib. III, *Resp. Pap. ad leg. mand.*; Voet, XVII, 1, 2; Vinnio, III, 27, 13.

(2) Rep., v. *notaro*, § 6, n. 4.

(3) *Trattato dei diritti di registro*, II, 443.

Digitized by Google

ritenere lo stesso anche per gli avvocati, patrocinatori, uscieri, incaricati di affari, gestori, ecc. Quale argomento potrebbe esservi allora per rifiutare questo carattere ai professori, e perchè si dovrebbe distinguere tra il professore di diritto e quello di musica o di disegno? Ammettendo che l'agrimensore o il perito nominato dal giudice per rilevare la pianta di un fondo, apprezzarlo e fare una divisione, ricevano un mandato e non abbiano diritto che ad un onorario, si giudicherà poi diversamente se siano scelti d'accordo, senza litigio e per gli stessi obbietti? Cotali distinzioni, qualunque fosse stato il motivo che le abbia suggerite, non sarebbero certamente fondate in ragione più che nol fossero quelle che poggiano sulla distinzione tra le arti meccaniche e quelle liberali; esse avrebbero il grave inconveniente di abbandonare le decisioni del giudice al capriccio dei tribunali, poichè ogni decisione che non sia dettata dai principii o dalle induzioni rigorose dei medesimi non può esserlo se non per la volontà dei magistrati. Basta questo inconveniente per attenersi fortemente alle regole stabilite; quantunque suscettive di essere giustamente criticate, esse saranno sempre preferibili all'arbitrio ».

8. Invece, uno scrittore che si mostra deciso a rigettare la dottrina classica è stato il Duvergier, il quale, più che altri, ha approfondita l'indagine sull'indole del contratto del quale ci occupiamo. Egli definisce il contratto di locazione, in generale, un contratto col quale una delle parti si obbliga di far godere all'altra una cosa o una sua opera, per un tempo determinato e mediante un prezzo che questo si obbliga di pagare (1). Dalla definizione consegue che tanto nella locazione delle cose come in quella delle opere e delle industrie, le obbligazioni delle parti sono le stesse e non se ne differenziano se non per l'oggetto al quale si riferiscono. L'indole dell'opera che il locatore si è obbligato di prestare non muta la natura del contratto, sia che si richieda l'impiego di forze fisiche o il concorso delle facoltà più sublimi della mente, gli elementi essenziali del contratto

(1) *Locaz.*, n. 267.

Digitized by Google

essendo sempre i medesimi. « La mia ragione, così egli scrive, non ha potuto piegarsi all'idea che in un caso vi sia locazione d'opera e nell'altro un mandato. Mi apparto, è vero, su questo punto da un'opinione accreditata da gran tempo fra i giureconsulti; so che i più illustri hanno adottato il sistema che impugno; spero dimostrare che la lettera e lo spirito della legge, l'esperienza dei fatti e le nozioni di economia sociale respingono egualmente la teoria che fino a questo giorno è stata generalmente tenuta per vera, e che esse giustificano quella che voglia sostituirle » (1). E l'illustre scrittore ricostruisce il contratto di locazione d'opera, rilevandone la fisonomia anzitutto sotto il punto di vista economico; e la dimostrazione che egli fa di tale assunto, cioè dell'unicità di principio che governa tutte le specie di contratto di locazione d'opera, se è sicura, razionale pel tempo in cui l'autore scriveva, può dirsi suffragata dalla scienza odierna.

9. Sopra che cosa poggerebbe la distinzione tra le arti meccaniche e le professioni liberali? I servigi che rendono il medico, l'avvocato, il professore, sono suscettivi di retribuzione; l'esperienza dimostra che le loro opere vanno valutate, qualunque ne fosse il risultamento; soccomba l'ammalato o si perda la lite, il medico e l'avvocato hanno sempre il diritto di avere il loro onorario, ed è un pretesto il dire che il servigio sia, considerato nei suoi effetti, sempre superiore alla ricompensa.

E veramente stando ai principii della scienza economica, i servigi sono retribuiti alla stregua che in dati luoghi e tempi viene stabilita e che è l'effetto di cause diverse. Nessun servigio viene retribuito tenendo conto della utilità che esso reca a coloro che lo domandano, ma in ragione della difficoltà nel renderlo. L'educazione nelle arti ingegnose e nelle professioni liberali, scrive Adamo Smith (2), è fastidiosa e dispendiosa; quindi la ricompensa pecuniaria dei pittori, degli scultori, degli avvocati, dei medici, debb'es-

(1) Loc. cit.
(2) *Ricchezza delle nazioni*, cap. X, parte I.

Digitized by Google

sere molto più larga, e così è. « Noi affidiamo la nostra salute al medico, la nostra fortuna e talvolta la nostra vita e la nostra reputazione all'avvocato ed al procuratore. Tanta fiducia non potrebbe essere senza pericolo riposta in uomini di condizione assai vile o bassa. La loro remunerazione deve dunque essere tale che possa lor dare quel grado nella società, il quale viene a richiedersi da così importante fiducia. Il lungo tempo e la lunga spesa che hanno dovuto essere impiegati nella loro educazione, combinati con quella circostanza, necessariamente rincarano ancor di più il prezzo del loro lavoro ». Dunque, anche le arti belle, anche le professioni liberali vanno soggette alle leggi economiche alle quali soggiacciono tutti gli altri servigi nell'immenso campo degli scambi. Le retribuzioni sono determinate, secondo i tempi, i luoghi e le circostanze, per qualsiasi specie di servigio.

Se ciò è indubitabile, che cosa resta della dottrina classica sulla inestimabilità dei servigi del medico, dell'avvocato e di altri professionisti? Che cosa resta di quel sentimentalismo che ispirava al Marcadé (1) quell'acre filippica contro Championnière?

Noi rimandiamo il lettore a quanto ha scritto il Duvergier in ordine alla distinzione tra il mandato e la locazione d'opera (2). Notiamo soltanto che la dottrina del Duvergier è stata accolta da scrittori non meno autorevoli. Il senso intimo, così il Pout, ci avverte, senza bisogno di alcuno sforzo di discussione, che il medico il quale ci assiste, il pittore che ci fa il ritratto, non sono nostri mandatarii, come neppure lo sono il sarto che ci fa gli abiti ed il calzolaio che ci fa le scarpe. Che sarà dunque questa obbligazione che lega l'artista e lo scienziato se non sia nè locazione d'opera nè mandato? Sarà un contratto *sui generis*, un contratto innominato (3). — Ma non occorre di ricorrere al contratto innominato, quando chiaro risulta che non sia se non una locazione d'opera.

---

(1) Op. cit., sull'art. 1779, n. 2.
(2) *Locaz.*, n. 272.
(3) *Del mand.*, n. 825.

Digitized by Google

10. Il lettore compatirà se ci siamo dilungati sopra un'indagine che abbiamo creduto abbastanza interessante, e speriamo che anch'egli sia convinto della serietà degli argomenti che si oppongono ad una dottrina quasi universalmente accettata. Il sentimento, il pregiudizio debbono essere banditi; bisogna fare omaggio ai principii e riconoscere che gli esercenti professioni liberali altro non siano che locatori d'opera.

Ma colui che presta l'opera sua, di qualunque specie essa sia, si obbliga di eseguirla secondo la scienza o l'arte richiedano. Il medico contrae l'obbligo di curare l'ammalato secondo i precetti della medicina; l'avvocato contrae l'obbligo di difendere gl'interessi del cliente come la scienza giuridica gli suggerisce; l'artigiano si obbliga a dati lavori secondo le regole della propria arte, e così via. Però, non basta che si mettano in pratica gl'insegnamenti della scienza od i suggerimenti dell'arte; occorre per l'esecuzione del contratto impiegare quelle cure che all'uopo son necessarie. Il medico può bene diagnosticare la malattia e prescrivere all'ammalato i farmaci opportuni; ma ciò non basta, perchè deve regolarmente visitarlo, scrutare le manifestazioni della malattia, dare le prescrizioni nel momento opportuno. E così l'avvocato deve non solo far tesoro delle sue cognizioni giuridiche, ma praticare quanto le leggi di rito prescrivono. Se ciò non fanno, sono responsabili, sono in colpa per non avere eseguito il contratto come erano obbligati di eseguirlo; rispondono, come ogni altro locatore d'opera, di colpa contrattuale. Come mai potrebbero rispondere di colpa aquiliana? Certo, all'occasione di eseguire un contratto, può commettersi danno per colpa aquiliana; in altri termini, può commettersi un quasi delitto. Ma questo non può mai confondersi col danno cagionato dalla colpa professionale, e molto meno coll'errore grossolano che dipese dall'ignoranza delle regole più elementari della medicina, ovvero colla mancanza di quella diligenza che ogni persona deve usare nell'esercizio della propria professione. Di questa colpa si risponde *ex contractu*, ed è un errore l'aver creduto che si possa rispondere *quasi ex delictu*. Forse il

Digitized by Google

medico produce un danno al di fuori della convenzione? No; la sua colpa non può rannodarsi se non al contratto, alla mala esecuzione del medesimo.

11. Gabba, discutendo sulla responsabilità dei nosocomî e dei brefotrofî pel fatto dei sanitari dei medesimi, ritiene che la colpa professionale non abbia carattere contrattuale. « Il contratto, così egli scrive, non fa che costituire il medico o il chirurgo, di fronte al suo cliente, in una situazione, per così dire, di padronanza, sulla persona di questi; la quale padronanza è un rapporto a sè, e di per sè medesimo vuol essere considerato, prescindendo dal contratto da cui ebbe origine, e, abusata, dà luogo a vera e propria responsabilità aquiliana. Se nel *gius* civile nostro non si trova alcun cenno di queste distinzioni, ciò non basta d'impedire all'interprete di sottinderle coll'autorità della scienza, ed ha del resto non altrove la sua causa che nell'egual silenzio del diritto romano, il quale non poteva conoscere, più che la società romana conoscesse, le professioni manuali d'indole scientifica, quali sono ai giorni nostri quelle dei medici, dei chirurghi e di altri professionisti muniti di scientifico diploma » (1).

L'indagine era importante per la risoluzione della controversia riguardante la responsabilità dei nosocomî e dei brefotrofî e noi ce ne occupiamo in altro luogo di questo trattato; ma non comprendiamo come l'illustre autore abbia potuto scrivere quanto abbiamo riferito. Che influenza può avere sull'indole del contratto e sulla colpa del medico la cosidetta padronanza che egli abbia sull'ammalato? E nella colpa s'incorre perchè si abusa di tale padronanza? Son tutte cose per noi difficili a comprendere, ed è vero che nel *gius* civile nostro non si trova alcun cenno di questa distinzione. Ma in quanto al silenzio del diritto romano sulle *professioni manuali d'indole scientifica*, ci permettiamo di affermare che tale silenzio non esiste; basterebbe il solo fram. 7, § 8, Dig., 9, 1, per ismentire cotale asserzione.

---

(1) V. *Foro It.*, 1894, 1, 32.

Digitized by Google

Il medico, il chirurgo non rispondono adunque di colpa aquiliana; non rispondono degli errori commessi nel diagnosticare le malattie, purchè le diagnosi siano fatte con quella serietà che la scienza medica richiede, purchè non rivelino assoluto difetto di capacità. Scusando il professionista dall'errore, ben dice il Giorgi (1), non s'intende assolverlo da colpa di commissione o di omissione, ma « da quella fallibilità che è conseguenza inevitabile dell'imperfezione delle scienze o delle arti ». Risponde altresì della colpa, anche lieve, che derivi da quella negligenza che non sia compatibile col regolare esercizio della professione.

12. E così gli avvocati ed i procuratori non rispondono della direzione data alla causa, perchè ciò dipende dalla speciale maniera di considerare la controversia (2). Allorquando la legge si presta a dubbia interpretazione, non havvi responsabilità se nell'eseguire un incombente abbiasi avuto riguardo ad una o ad altra interpretazione (3). Non iscusa però l'incuria, la supina ignoranza (4), come nel caso in cui si proponga un gravame fuori termine (5). Ma escludiamo assolutamente che tanto l'avvocato quanto il procuratore possano rispondere di colpa contrattuale e di colpa aquiliana, come talvolta è stato ritenuto (6).

La regola per cui l'avvocato risponde soltanto della frode e del dolo è stata con ragione ritenuta inesatta dal Laurent (7); il quale ricordando che la responsabilità può essere contrattuale ed extracontrattuale, dice che l'avvocato resta sotto l'impero del diritto comune. Ma non ispiega quale sia il diritto comune, l'una specie di responsabilità essendo di diritto comune come l'altra. E, secondo il nostro avviso, l'avvocato, come qualsiasi professionista, non

(1) Op. cit., V, n. 155.

(2) Giorgi, V, n. 155; Torino, 26 marzo 1878 (*F. It.*. 1878, 1, 1152).

(3) Roma, 28 febbraio 1888 (*F. It.*. 1888, 1, 599); Cassaz. Roma, 23 novembre 1897 (*Giur. It.*. 1898, 26).

(4) Giorgi, loc. cit.; Firenze, 17 febbraio 1903 (*Ann.*. 1903, 85).

(5) Napoli, 26 luglio 1898 (*Gazz. Proc.*. 1898, 525).

(6) Trani, 13 aprile 1898 (*Giur. It.*. 1898, 615).

(7) Op. cit., XX, n. 519.

Digitized by Google

risponde di colpa aquiliana, ma di colpa contrattuale, perchè anche tra lui ed il cliente ha luogo convenzione per la lite o per l'affare per cui l'avvocato sia adibito.

In quanto al procuratore, estinto che sia il mandato per la morte del cliente, cessa ogni responsabilità se ulteriormente gli eredi risentano danno per la incorsa perenzione (1); la quale non è sospesa dalle cause che danno luogo a riassunzione di istanza (2).

In quanto al rinunziare alla difesa del cliente perchè meglio approfondita la causa non la si ritiene sostenibile, si conviene che l'avvocato non assuma responsabilità (3).

13. I procuratori legali agiscono in virtù di mandato. Malgrado il disposto dell'articolo 1931 proc. civ. franc. che rende responsabili i procuratori *suivant l'exigence des cas,* Laurent osserva con ragione che ai procuratori legali debbono essere applicate le regole del mandato, ed a torto si sono talvolta invocate le disposizioni degli articoli 1382 e 1383 (4). Se agiscono in virtù di mandato non si possono applicare contro di essi le disposizioni riguardanti la colpa aquiliana. La giurisprudenza, osserva ancora il citato scrittore, non ha fatto sempre tale distinzione; le Corti hanno applicato simultaneamente le regole della responsabilità che deriva dal mandato e quelle che derivano dal quasi delitto. Talvolta ciò può essere indifferente. Un procuratore fu condannato al risarcimento del danno perchè in un giudizio di divisione non aveva fatto intervenire il protutore, mentre esisteva opposizione d'interesse tra il tutore ed il minorenne. La Corte di Aix (8 febbraio 1838) applicò l'articolo 1382 (it. 1151) e l'articolo 1992 (it. 1746) del Codice civile: avendo considerato che il procuratore non poteva impunemente ignorare i principii più elementari del diritto. Ritenne quindi la responsabilità per colpa grave; nel quale caso era indifferente o per lo meno superfluo ricorrere al quasi

(1) Palermo, 17 aprile 1905 (*Circ. Giur.*. 1905, 122).
(2) V. il nostro *Trattato sulla perenzione.* cap. IV.
(3) *Leg.*. 14, § 1, Cod. 3, 1. V. Giorgi, V, n. 155.
(4) Op. cit., XX, n. 505.

Digitized by Google

delitto. Ma quando trattasi di colpa lieve, osserva lo stesso scrittore, è importante sapere se debba ritenersi la responsabilità contrattuale o quella del quasi delitto, perchè ritenendo quest'ultimo, può rimanere colpito il procuratore che abbia usata tutta la diligenza e la perizia di cui era capace.

Laurent deplora che la giurisprudenza non sempre abbia distinto la colpa contrattuale da quella aquiliana; bisogna riconoscere che i procuratori non debbono rispondere di colpa aquiliana.

14. Il mandato *ad litem* si estende a tutto ciò che si riferisce agli atti del giudizio e non a quelli extragiudiziali. Dalla intenzione delle parti si argomenta se il mandato abbia estensione maggiore di quello *ad litem*, ed è quindi apprezzamento di fatto (1). Ma su questo punto, nota il Laurent, regna una grande incertezza nella giurisprudenza, nessuna decisione avendo ben chiaramente posta la quistione. È utile quindi ricordare talune specie che hanno formato obbietto di decisioni giudiziarie.

Un cliente incarica il procuratore di procedere contro un debitore per ricuperare un credito, e gli dà il titolo dal quale il credito sorge. Implica tale mandato l'obbligo di procedere agli atti di conservazione del credito stesso? L'affermativa fu ritenuta dalla Corte di Metz (14 dicembre 1852); il procuratore fu dichiarato responsabile perchè non rinnovò l'iscrizione ipotecaria, mentre era detentore dei titoli. Laurent ricorda tale decisione senza criticarla (2); eppure propenderemmo a ritenere il contrario, perchè nel mandato a procedere contro il debitore non parci essere compreso l'obbligo legale di rinnovare la iscrizione ipotecaria; è un atto stragiudiziale che non può ritenersi compreso nel mandato *ad litem*.

La Corte di Limoges (11 luglio 1839) ritenne che il mandato stragiudiziale implichi nel procuratore una responsabilità più limitata. Laurent osserva che par si debba ritenere l'opposto, ma viene poscia alla stessa conclusione.

---

(1) Laurent, XX, n. 506 e le decis. ivi citate.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

« Il mandato *ad litem* è conferito ad un uffiziale ministeriale; e la responsabilità di tali uffiziali è, secondo la nostra opinione, più stretta nel senso che debb'essere apprezzata più severamente. In verità si tratta sempre di un mandato e quindi di responsabilità convenzionale; ma quando il mandatario è tenuto alla diligenza in virtù della natura delle sue funzioni, debb'essere trattato più severamente che allorquando si obbliga secondo i limiti del suo ministero. Essendo le parti costrette di rivolgersi ad un ufficiale ministeriale, debbono trovare una piena e completa garanzia nel suo ministero; non così nel mandato extragiudiziale che possono confidare a chi loro piaccia » (1). La predetta distinzione crediamo debba essere accolta perchè deriva dalla natura stessa del mandato.

15. I notari sono pubblici ufficiali della cui opera siamo costretti di valerci quando vogliamo compiere certi negozii giuridici e far sì che l'atto abbia la pubblica fede. Non sono nostri mandatarii, ma professionisti che prestano l'opera loro quando ne siano richiesti e che hanno la prerogativa di essere pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni.

Laurent (2) osserva come ordinariamente si ritenga che la responsabilità dei notari sia fondata sul quasi delitto. Non si discute la quistione, anzi nemmeno la si solleva; ed egli respinge l'opinione generale e fonda la responsabilità dei detti pubblici ufficiali sulla convenzione che intercede fra loro e le parti che ne adibiscono il ministero. Non può negarsi, egli dice, che una convenzione esista tra la parte ed il notaro che redige l'atto; havvi concorso di consenso, proposta fatta dalla parte, accettazione del notaro. Questi si obbliga di redigere l'atto con le cure e la diligenza che un funzionario pubblico deve usare nel compiere i suoi doveri, per cui riceve un onorario; di conseguenza è un mandatario salariato. Anzi, secondo il Laurent, sarebbe più logico dire che siavi un'obbligazione di fare, diversa dal mandato, come dalla locazione d'opera; il che sembra indiffe-

(1) Op. cit., XX, n. 506.
(2) Op. cit., XX, n. 507.

Digitized by Google

rente all'illustre scrittore, perchè esistendo una convenzione vien meno l'applicazione delle disposizioni riguardanti la colpa aquiliana. Sul quale punto non può disconvenirsi; ma lo stesso scrittore, in tutta la trattazione di questa materia, non ritiene che il mandato, escludendo nella maniera più perentoria che si tratti di colpa extracontrattuale. I quasi delitti producono obbligazione senza che sia intervenuta convenzione; da ciò la responsabilità più rigorosa che in materia contrattuale; il notaro, come mandatario delle parti, non risponde che di colpa contrattuale.

16. Ed il predetto scrittore critica l'argomento che la giurisprudenza francese e belga ha creduto di trarre dall'articolo 68 della legge 25 vent., anno XI, e che pel difetto di sottoscrizione rendeva responsabili i notari s'*il y a lieu;* il che non vuol dire che la responsabilità debb'essere quella degli articoli 1382 e 1383 del Codice civile. Le Corti francesi ritennero più volte che la responsabilità dei notari, a causa della nullità degli atti da loro rogati, debba andare regolata dal diritto comune, intendendo per tale diritto quello dei predetti articoli che riguardano la colpa aquiliana. Questo sistema, che è quello della Cassazione, dice il Laurent, porta ad una severità che talvolta può sembrare eccessiva; i notari possono essere rovinati dalla minima negligenza o imprudenza; non possono invocare alcuna scusa, salvo quella del caso fortuito; ed in materia di nullità d'atti non può farsi quistione di forza maggiore. È vero che la Corte aggiunge che i giudici del merito apprezzeranno se siavi stata negligenza o imprudenza; ma se il giudice resta fedele alla teoria dei quasi delitti dovrà accordare i danni interessi per la colpa più lieve del notaro. Certo essi nol faranno, ma dovranno mettersi al disopra della legge per attenuarne il rigore. Questa considerazione basterebbe, secondo il Laurent, per fare respingere la dottrina della Cassazione; ed egli afferma che la sua opinione riesca allo stesso risultato per una via più giuridica. « Noi non diciamo al giudice: i notari rispondono della minima colpa, ma: voi potete non condannarli per la più lieve colpa. Noi diciamo al giudice: i notari non rispondono della colpa più lieve; non sono responsabili

Digitized by Google

di quasi delitto; rispondono dell'inesecuzione degli obblighi che contraggono verso i loro clienti, cioè della colpa della quale è tenuto ogni debitore, la colpa che i legisti conoscono sotto nome di *colpa lieve in abstracto*. Ecco il vero diritto comune quando si tratti di obbligazioni convenzionali » (1).

La convenzione che ha luogo tra il notaro ed il cliente, osserva con ragione il Laurent, non concerne se non l'atto che il pubblico ufficiale deve ricevere, ma egli è estraneo alle conseguenze dell'atto. Comunque vogliasi qualificare il contratto, il notaro non è obbligato di vigilare all'adempimento delle condizioni necessarie alla conservazione dei diritti delle parti; così, stipulando un atto di vendita, non è tenuto di fare la trascrizione dell'atto; come, in generale, non è obbligato di fare iscrivere le ipoteche consentite in favore di uno dei contraenti (2).

17. Adunque la colpa della quale i notari debbono rispondere non è mai quella aquiliana, di regola, sibbene quella che deriva dal non avere agito nei modi prescritti dalla legge. È responsabile quindi il notaro se l'atto venga annullato per difetto di formalità sostanziali (3). Così, annullato un testamento per difetto di forma, l'erede scritto ha il diritto di essere risarcito del danno sofferto (4), senza essere necessario che la nullità venga dichiarata in confronto col notaro medesimo (5). Del pari, annullato l'atto per la minore età di uno dei testimoni, il notaro è in colpa se sia dimostrato che non abbia richiesto il testimone riguardo all'età (6).

---

(1) Op. cit., XX, n. 509.

(2) Op. cit., XX, n. 512.

(3) Genova, 30 dicembre 1880 (*Eco Gen.*. 1881, 1, 209); Roma, 8 febbraio 1883 (*F. It.*. 1883, 1, 348); Napoli, 28 giugno 1889 (*Legge*. 1889, 2, 416); Cass. Roma, 7 aprile 1899 (*Giur. It.*, 1899, 487); Torino, 19 dicembre 1902 (*La Giur.*. 1903, 144); 27 giugno 1903 (*Ibid.*. 1301).

(4) Torino, 24 febbraio 1882 (*La Giur.*. 1882, 389).

(5) Cass. Torino, 11 agosto 1892 (*Legge*. 1892, 730).

(6) Napoli, 30 gennaio 1885 (*Giur. It.*. 1885, 266).

Digitized by Google

Non risponde però della incapacità delle parti (1), tranne il caso in cui ne fosse stato edotto (2), mentre risponde per ciò che si riferisce alla identità delle parti (3). Se però il notaro fosse stato incaricato dalla parte d'indagare sulla capacità dell'altra, allora può essere responsabile della colpa per non avere eseguito con diligenza l'incarico ricevuto (4). Ma è un errore ritenere che nella specie si tratti di responsabilità per colpa aquiliana, come talvolta è stato ritenuto (5). L'azione di risarcimento, in questo caso, deriva *ex contractu*, cioè dal mandato che la parte conferì al notaro di verificare la capacità dell'altro contraente. E così, allorquando una delle parti incarichi il notaro di fare eseguire una iscrizione ovvero una trascrizione, anticipandone le spese, e ne derivi danno, il notaro è responsabile (6).

18. *Quid* se, interpellato dalle parti, il notaro le assicuri sulla validità della loro stipulazione?

Nessun dubbio che in tal caso assuma una responsabilità se l'atto venga annullato (7). Ma nemmeno in questo caso crediamo si possa parlare di colpa aquiliana, perchè il notaro è adibito dalle parti per consigliarle sulla legalità di quanto stipulano; risponder deve *ex contractu*.

19. Laurent insegna che un'altra responsabilità incomba sui notari come pubblici ufficiali. La loro missione non si limiterebbe ad essere redattori passivi della volontà dichia-

---

(1) Cassaz. Torino, 18 dicembre 1884 (*Legge*, 1885, 2, 120); Torino, 31 dicembre 1901 (*La Giur.*, 1902, 169); Bologna, 25 marzo 1902 (*F. It.*, 1902, 1, 1032).

(2) Cass. Roma, 28 febbraio 1888 (*F. It.*, 1888, 1, 241); Milano, 26 ottobre 1897 (*Ibid.*, 1898, 55).

(3) Cass. Roma, 28 febbraio 1898 sopra cit.; Milano, 5 febbraio 1902 (*Mon. Trib.*, 1902, 533).

(4) Torino, 31 dicembre 1901 (*La Giur.*, 1902, 169).

(5) Milano, 5 dicembre 1899 (*Giur. It.*, 1900, 641).

(6) Tribun. Parma, 7 settembre 1882 (*Mon. Mil.*, 1883, 450); Torino, 1° maggio 1888 (*La Giur.*, 1888, 466); Perugia, 21 marzo 1898 (*Mon.*, 1898, 510). Lo stesso per l'incarico di fare eseguire una surroga ipotecaria. Torino, 10 marzo 1905 (*La Giur.*, 1905, 545).

(7) Conf. le decis. della Corte d'appello torinese sopra indicate.

Digitized by Google

rata dalle parti; ciò non può ammettersi, secondo il citato scrittore, nè in diritto, nè in fatto. Vi sono atti pei quali la legge esige l'intervento del notaro, e ciò per la ragione che malgrado le parti non fossero illetterate, ignorano le più semplici nozioni del diritto e sono estranee alla pratica degli affari. L'ufficiale pubblico deve quindi vigilare sui loro interessi, perchè le parti ad esso li affidano; la convenzione tra il cliente ed il notaro comprende non soltanto *la redazione dell'atto, ma anche tutte le misure di precauzione che allo stesso si collegano.* Esempio: Una costituzione d'ipoteca esige precauzioni, guarentigie senza le quali il mutuante rischia di perdere il suo danaro; l'immobile sul quale si consente l'ipoteca può essere gravato da iscrizioni; non ispetta al notaro di domandare un certificato al conservatore delle ipoteche, ma deve consigliare ciò alla parte. Se egli stesso abbia stipulati altri atti di costituzione d'ipoteca, se bastava di far consultare tali atti per illuminare il contraente e non l'abbia fatto, il notaro ne è responsabile (1). Cita due arresti della Cassazione ed un altro nella specie in cui l'immobile era stato già ad altri trasferito, ed il notaro, consulente ordinario di una vedova, non le aveva fatto conoscere quella circostanza. La Corte d'appello ritenne il notaro responsabile di colpa gravissima, e così la suprema Corte ritenne tale responsabilità in base al diritto comune (art. 1382 e 1383). Laurent invece ritiene sempre la colpa del notaro, ma d'indole contrattuale (2).

Chironi afferma che tutte le omissioni colpose, in quanto attengono all'esercizio del ministero, costituiscono a carico del notaro quasi delitto (3); ma ciò, come abbiamo veduto, è un errore. Soggiunge che il notaro « non è strumento passivo di redazione pei contraenti, ma è obbligato a preoccuparsi di quanto interessi direttamente la validità dell'atto ed a chiarire le parti intorno le difficoltà legali che potessero, contro il loro intendimento, infirmare le volontà che

(1) Op. cit., XX, n. 510.
(2) Loc. cit.
(3) *Colpa extr.*. I, § 97.

Digitized by Google

manifestano o restringono la portata ». Demolombe (1) limita la responsabilità alle irregolarità che riguardano la forma degli atti; eppure, dice Chironi, non dovrebbe dimenticarsi che la legge sommette a condizione di capacità l'abilitazione all'esercizio della professione notarile, che, se assicurano della capacità del professionista, sono anche dirette a dare al notaro più che il còmpito necessario di redattore in iscritto della volontà manifestatagli, quella di consigliere delle parti. Vuole quindi responsabile il notaro se abbia trasandata la dovuta diligenza per assicurarsi della capacità delle parti; se, stipulando mandato a vendere beni dotali, non avesse ricordato l'obbligo del reimpiego. Se l'ufficio suo, egli dice, fosse ristretto alla piccolezza che da molti si vorrebbe, di poca garanzia sarebbe ai privati il ricorrere a lui a fin d'averne lume per determinare il proprio volere nel modo più valido, e non è questo davvero il concetto della legge. Ma, quando si ricorre al notaro per avere lumi, è chiaro che egli ne è responsabile non come notaro, ma come un consulente legale qualsiasi, del che conviene lo stesso Chironi (2). Allora però non è il caso di parlare di colpa aquiliana, come ritiene lo stesso scrittore (3), ma di colpa derivante da errore professionale, cioè di colpa contrattuale.

20. Respingiamo nella maniera più assoluta la predetta opinione, perchè crediamo che nè come mandatari, nè come pubblici ufficiali i notari abbiano obbligo d'illuminare le parti sulle cautele offerte da coloro che contraggono obbligazioni mercè atti notarili; sarebbe lo stesso che estendere indefinitamente la responsabilità dei notari. Senza dubbio, essi debbono rendere edotte le parti delle conseguenze giuridiche delle loro convenzioni, se ne siano richiesti; le loro spiegazioni, i loro consigli possono essere pregiudizievoli e dar luogo a responsabilità per colpa professionale; ma il loro obbligo si limita a rogare l'atto secondo la volontà delle parti, e non va oltre tale limite. Non sono obbligati

(1) Op. cit., VIII, n. 531 e segg.
(2) Loc. cit.
(3) Op. cit., § 54 *bis*.

Digitized by Google

per es., ad accertarsi della legittima provenienza dell'immobile che si vende o sul quale si consente ipoteca, nè se iscrizioni o trascrizioni esistessero sul medesimo. Come mai potrebbe un notaro essere dichiarato responsabile sol perchè non abbia consigliato al compratore od al mutuante di farsi rilasciare un certificato dal conservatore delle ipoteche per lo scopo anzidetto? Può ammettersi che il notaro manchi ad un obbligo morale, ma non ad un obbligo giuridico; e ciò quand'anche il notaro soleva essere il consulente del mutuante o del compratore.

La patria giurisprudenza, come abbiamo veduto, non ha accolta la teoria della quale abbiamo ragionato; e la stessa giurisprudenza francese poi non è stata unanime nel ritenere la responsabilità dei notari fondata sul dovere d'illuminare le parti. Se le Corti di Nancy (23 agosto 1864) e di Aix (28 agosto 1870) hanno affermato che i notari esercitano una vera magistratura, incaricata di proteggere le parti, d'illuminarle e di prendere tutte le precauzioni per la validità degli atti, lo stesso Laurent (1) ci rimanda al *repertorio* del Dalloz per consultare le diverse decisioni che ritennero il contrario.

Ma qualche esempio che adduce il Laurent non depone affatto in favore della opinione che egli sostiene. Secondo tale opinione « non bisogna distinguere se il notaio dia i suoi consigli in buona fede, nè se le parti abbiano bisogno dei suoi consigli; deve illuminare tutte le parti che a lui si presentano; a *fortiori* risponde dei consigli dati di propria iniziativa, e che ordinariamente lo sono nel suo proprio interesse » (2). Un notaro impegna il suo cliente a fare un prestito senza alcuna garanzia, essendo edotto della insufficienza delle garanzie ipotecarie. La Cassazione (29 dicembre 1847) lo ritenne responsabile del danno che derivò al mutuante. Il notaro negava di essere responsabile, nè come ufficiale pubblico, nè come mandatario o gerente, perchè non eravi stato nè mandato, nè gestione d'affari; la Corte non risponde a tali eccezioni e ritiene la responsabilità per

(1) Op. cit., XX, n. 511.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

dolo, senza citare alcun articolo di legge, dice Laurent; il quale approva, in questo caso, la severità del giudicato, e trova che secondo il sistema di quel supremo collegio, la responsabilità non avrebbe potuto derivare che dagli articoli 1382 e 1383.

E non avrebbe potuto essere altrimenti, perchè il fatto del notaro di avere indotto il cliente a contrarre un prestito senza garanzie ipotecarie, scientemente, è un fatto *doloso*, che costituisce delitto civile e quindi responsabile di colpa extracontrattuale chi lo commise. Nè mandato, nè gestione di negozio poteva invocarsi, e su questo punto aveva ragione il notaro; nemmeno la qualità di pubblico ufficiale, perchè l'avere indotto un cliente a consentire un mutuo non rientra al certo negli atti del proprio ministero, ma è un fatto doloso, che trae seco responsabilità da chiunque commesso. Non mai pel preteso obbligo che avrebbe il notaro di illuminare e proteggere i suoi clienti.

21. Ma non possiamo non essere d'accordo col Laurent sulla inesattezza della giurisprudenza nel qualificare i notari come gestori degl'interessi dei loro clienti. Le inesattezze e gli errori, egli dice, abbondano in questa materia (1). Un mutuo vien fatto ad una persona insolvibile, ed il notaro ne viene dichiarato responsabile, perchè, dice la Cassazione, il notaro si è fatto l'agente del mutuante, pur conoscendo la condizione economica del mutuatario. Quegli essendo un operaio, si *presume* che abbia confidato nel notaro; ma allora havvi consenso da una parte e dall'altra e non è a discorrere di quasi contratto. Parimenti è stata ritenuta la gestione di negozio nel caso in cui il notaro erasi interposto, nell'interesse del mutuante, per accertarsi sulle cautele del prestito (Douai, 28 gennaio 1846); ma se il notaro aveva *promesso* e la sua promessa era stata accettata, non era a parlarsi di quasi contratto e quindi di colpa extracontrattuale (2). La Corte di Poitiers (30 giugno 1847) ritenne che il notaro, il quale, oltre alla sua funzione di pubblico

(1) Op. cit., XX, n. 513.
(2) LAURENT, loc. cit.

Digitized by Google

ufficiale, si presta a preparare, conchiudere ed eseguire la convenzione, « si rènde agente o mandatario di una delle parti, ed allora soggiace alle obbligazioni che derivano dalla gestione di affari o dal mandato e diventa responsabile della colpa in cui abbia potuto incorrere ». Ma ben osserva lo stesso scrittore non esser possibile che concorrano mandato e gestione di affari, essendo ciò contradditorio. Nella specie eravi stato mandato; vi sarebbe stata gestione di affari se il notaro avesse gestito l'affare del cliente all'insaputa di quest'ultimo, e quindi senza alcuna convenzione nè espressa, nè tacita.

Come mandatario, il notaro è responsabile del danno prodotto dall'errore di diritto, perchè deve conoscere i principii della scienza giuridica, tranne il caso in cui si tratti di un punto controverso (1).

22. Di fronte all'art. 1031 procedura civile, dottrina e giurisprudenza in Francia hanno equiparata la responsabilità degli uscieri a quella dei procuratori legali. La responsabilità degli uscieri, come quella dei procuratori, dice Laurent (2), risulta da una convenzione intervenuta tra essi e la parte che li adibisce. Gli uscieri sono quindi tenuti della colpa *lieve in abstracto*, e quindi non sono ad essi applicabili gli articoli 1382 e 1383.

23. Di quale colpa rispondono i periti?

Si è fatto notare non potersi invocare le leggi romane riguardanti la responsabilità del *mensor*, contro il quale si poteva sperimentare soltanto un'azione *in factun*. Oggidì il perito che riceve un incarico da una persona per un dato affare che non riguardi giudizio, è un mandatario e come tale risponde verso il mandante (3). Ma che dire del perito giudiziario? Taluni scrittori hanno creduto di limitare la responsabilità del medesimo al dolo ed alla colpa grave, come

(1) LAURENT, loc. cit.
(2) Op. cit., XX, n. 506.
(3) SOURDAT, n. 679 *bis*.

Digitized by Google

nel diritto romano (1); però tale dottrina è stata criticata. Si è osservato che i periti non sono obbligati ad accettare l'incarico che loro si offre; accettandolo, assumono la responsabilità dei mandatarii. « Si applichino ad essi gli articoli 1382 e 1383 (it. 1151 e 1152) o l'articolo 1992 (it. 1746); la conseguenza, secondo il Sourdat, è la medesima. Essi non possono sottrarsi all'una od all'altra disposizione, sopratutto se si consideri che assai spesso le persone designate dai tribunali hanno sollecitato esse stesse gl'incarichi, perchè sono onorevoli e lucrativi » (2). E dopo avere criticato l'argomento per cui la funzione del perito si è equiparata a quella del giudice, conchiude che il perito debba rispondere anche di colpa lieve.

A dir vero, nel ragionamento del Sourdat regna non poca confusione. I periti nominati dall'autorità giudiziaria sono ovvero no dei mandatarii? Se lo sono, come pare non ne dubiti il citato scrittore, come mai la loro responsabilità può essere retta dagli articoli 1382 e 1383 del Codice civile? E come mai può dirsi che, applicando i detti articoli o l'articolo 1992, la conseguenza sia la stessa?

Parci che non possa esservi maggiore contraddizione nel ritenere responsabile taluno di colpa professionale e nel tempo stesso parlare di colpa aquiliana. La colpa professionale non può essere che contrattuale, come altrove abbiamo dimostrato; e qui insistiamo perchè qualcuna delle nostre corti supreme si è imbattuta in tale deplorevole confusione.

24. La suprema Corte fiorentina ritenne che il perito, al pari di ogni altro professionista, risponde del dolo, della colpa lata ed anche dell'errore. Un perito delinea erroneamente una pianta topografica, che annette alla relazione, il che produce un danno ai condividenti. La sentenza denunziata aveva ritenuto trattarsi di una colpa commessa

---

(1) CHAUVEAU in CARRÉ, *Quist.*. 1216; DUPARC-POULLAIN, *Princ.*. vol. IX, n. 484; PIGEAU, *Comm.*. n. 576 e seg. — *Contra:* CARRÉ, n. 1216; FAVARD, IV, 707, n. 1.

(2) Loc. cit.

Digitized by Google

nell'esercizio di una professione liberale; la quale colpa non è scusabile se lata, come quella del medico che prescrive un farmaco letale o del chirurgo che trascura l'allacciamento dell'arteria, ed altri di simil genere. Ma l'errore professionale, si diceva, non può annoverarsi fra le colpe ed è quasi sempre scusabile, tranne che sia informato da dolo o da colpa grave equiparabile al dolo. Il supremo collegio respinse questa dottrina del tribunale pisano, in omaggio ai principii che informano gli articoli 1151 e 1756 del Codice civile. « In forza di questa disposizione (1), essa considerò, qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga colui per colpa del quale è avvenuto a risarcirlo, anche se si tratti di semplice negligenza; e qualunque sia la colpa in cui sia incorso il mandatario nella esecuzione del mandato, lo rende responsabile del danno che ne sia derivato, più o meno rigorosamente, secondo che il mandato sia retribuito o pattuito. A differenza dell'antico diritto, la legge non distingue; non sono permesse distinzioni di sorta; per la qual cosa non è dato creare alcuna dottrina speciale a beneficio dei professionisti. Ond'è che l'unica ragione legale per cui il magistrato può disapplicare in fatto le indicate disposizioni di legge consiste nell'*assoluta esclusione della colpa* o del rapporto di casualità fra il danno lamentato e il fatto che si designa come produttore del medesimo » (2).

Ma non potrebbe farsi una confusione più deplorevole! Da una parte si ritengono i periti come mandatari; ma invece di applicare le regole della colpa contrattuale, si applicano quelle della colpa aquiliana, ricorrendo contemporaneamente all'articolo 1151 ed al 1756, e conchiudendo sempre per la colpa aquiliana, perchè l'assoluzione del perito dovrebbe aver luogo soltanto nell'*assoluta esclusione della colpa;* il che vuol dire renderlo responsabile anche di colpa lievissima!

Ogni confusione va eliminata però quando all'opera del perito si dia la qualifica giuridica che le si convenga. Il perito è un professionista che presta l'opera sua a chi lo domanda,

---

(1) Cioè della prima.

(2) Decis. 12 luglio 1888 (*F. It.*. 1888, 1, 979).

Digitized by Google

e noi abbiamo veduto come tutti i professionisti non siano che locatari d'opera, e di conseguenza la colpa di cui rispondono è quella contrattuale e non l'aquiliana.

25. Ma indagine gravissima è quella di cui si occupa il Sourdat a proposito della responsabilità dei periti. Pronunziata sentenza irrevocabile in base alla relazione peritale, può questa essere impugnata allegando la colpa del perito?

Le Corti francesi (1) hanno risposto negativamente, pel riflesso che se ciò fosse possibile, indirettamente si ritornerebbe sulla cosa giudicata. Ma Sourdat (2) non approva questa giurisprudenza. « La relazione, egli dice, non è che un atto d'istruzione, estraneo alla sentenza, o almeno perfettamente da essa distinto. È un documento del quale il gindice si serve per decidere la causa, ma non è l'obbietto della causa. La colpa dei periti non è dunque coperta dalla cosa giudicata emessa in tal giudizio, e l'azione di risarcimento diretta contro di loro non può essere arrestata da una sentenza che per essi è *res inter alios*. A dir vero, se la parte che si duole avesse scoperto o avesse potuto scoprire il vizio della relazione durante il giudizio, sarebbe in colpa per non avere essa stessa o i suoi difensori impugnata la relazione, ed i giudici potranno respingere la domanda come tardiva o secondo i principii della colpa comune. Ma, nel caso contrario, come potrà essere respinta? Perchè distinguere l'ipotesi del dolo o della frode da quella della semplice colpa, se questa colpa non sia stata riconosciuta se non dopo che la sentenza sia stata pronunziata? Il dolo è un mezzo di revocazione. Ma se i termini siano spirati (Codice proc. civ. 480, 483 e seg.), la parte lesa, vittima della mala fede di un perito e che non abbia potuto difendersi nel corso del giudizio, sarebbe privata di ogni reclamo. Noi non ne vediamo la ragione, e crediamo che debba ammettersi l'azione di risarcimento secondo il diritto comune ».

---

(1) Digione, 25 luglio 1854; Pau, 30 dicembre 1863; Besanzone, 4 marzo 1856.

(2) Loc. cit.

Digitized by Google

Per quanto sostenuta da un illustre scrittore, non possiamo accogliere l'opinione anzidetta, per l'unico motivo addotto dalla giurisprudenza, cioè che l'attacco fatto alla perizia che giovò di base al giudicato, costituisce un attacco indiretto al giudicato medesimo.

26. Poche quistioni presentano una importanza così grave, e nel tempo stesso sono d'indole così delicata come quella di cui siamo costretti di occuparci in questo capitolo per sola ragione di analogia. I magistrati rispondono di colpa?

Se è giusto, osservava Toullier, che la parte lesa eserciti l'azione civile di risarcimento contro il giudice prevaricatore, d'altra parte la dignità della magistratura non comporta che il giudice sia esposto a scendere nell'arena forense, in presenza di un pubblico sempre inclinato alla malignità per rendere conto della purità della sua condotta, di errori che possono essere l'effetto della debolezza umana o della sorpresa, e per difendere i suoi giudicati contro gli argomenti capziosi, contro i sofismi di un litigante accanito (1). Le Ordinanze francesi avevano limitata la responsabilità. Quella di Blois l'aveva ristretta ai casi di *dolo, frode, concussione o colpa manifesta del giudice.* Quella del 1667 fu più severa, perchè all'art. 8 del titolo I dichiarava di niun effetto i giudicati pronunziati con violazione di legge, e rendeva, in genere, responsabili i giudici pei danni interessi.

L'articolo 505 del Codice francese di procedura civile stabilisce che si possa procedere civilmente contro i giudici: 1° se si pretende che o nel corso della istruzione o nell'atto della sentenza sia intervenuto dolo, frode o concussione; 2° quando l'azione contro i giudici sia espressamente pronunziata dalla legge; 3° quando la legge dichiara i giudici responsabili sotto pena dei danni interessi; 4° nel caso di denegata giustizia.

27. Surse quistione se nel caso di colpa grave si potesse esercitare l'azione civile contro i giudici, ed un arresto

(1) Op. cit., n. 187.

Digitized by Google

23 luglio 1806 della Cassazione, sotto l'impero del Codice di brumaio, anno IV (che contemplava il dolo, la frode, la prevaricazione), ritenne l'affermativa, equiparando al dolo la colpa grave. Toullier, riferendo l'arresto, osserva che se fosse altrimenti, sarebbe quasi impossibile di fare ammettere un'azione civile fondata sul dolo del giudice, perchè il dolo essendo caratterizzato dall'intenzione di nuocere, il giudice non mancherebbe mai di scusarsi sulla sua intenzione, che egli solo può conoscere (1).

Carrè, il quale aveva insegnato che l'errore grossolano non rendeva responsabile il giudice, malgrado che la colpa grave si dovesse equiparare al dolo, in seguito alle osservazioni del Toullier, che invocava in suo favore anche l'autorità del Duparc Poullain, mutò avviso (2). E, d'altra parte, la Cassazione con arresto 17 luglio 1833 (3) giudicò in senso contrario all'arresto del 1806, emesso nella specie di arresto illegale di un avvocato. Sono degne di essere ricordate, a titolo di onore, le osservazioni che quell'arresto suscitava al Toullier. « La libertà individuale, così egli scriveva, è cosa talmente interessante, che gli attentati che può illegalmente commettere contro di essa un magistrato sono sempre colpe gravi, colpe inescusabili, *quae dolo aequiparantur*. Sotto il governo assoluto, quando la libertà individuale era senza garanzia e ben poco rispettata, Duparc Poullain insegnava « che l'articolo 19 del titolo sui decreti dell'Ordinanza criminale, la quale vietava di ordinare per via di decreto l'arresto di un domiciliato, se il reato di cui veniva accusato non era soggetto a pene afflittive o infamanti, era un mezzo per convenire civilmente i giudici, perchè un simile decreto colpisce sempre d'infamia la reputazione delle persone contro le quali viene ordinato l'arresto, e perchè anche quando non venga imprigionato, la sua giustificazione, con un giudicato definitivo, non risarcisce se non imperfettamente il disonore che risulta da un simile decreto; è dunque giusto che l'azione civile contro i giudici procuri l'espediente

(1) Op. cit., n. 191.
(2) Op. cit., n. 1805.
(3) Devill., 1833, 1, 484.

Digitized by Google

dei danni interessi, che ha diritto di pretendere colui contro il quale è stato decretato l'arresto... Invano il giudice pretenderebbe scusarsi sulla sua intenzione, sostenendo che non siavi stato dolo da parte sua. La libertà individuale è il primo di tutti i beni del cittadino; gli attentati che commette contro di essa un magistrato non sono mai semplici colpe, ma colpe grossolane ed inescusabili, *quae dolo aequiparantur* » (1).

Chauveau deplora il mutamento di opinione della Cassazione; le colpe gravi, egli dice, debbono essere riparate in nome della morale e della giustizia. Non sarebbe una bizzarria della legge, da una parte il punire la più lieve colpa di un cittadino, e dall'altra stabilire la impunità delle colpe gravi dei giudici? Quale sarebbe il motivo di questa iniquità ributtante, la quale esporrebbe un uffiziale ministeriale ad una rovina completa per avere commesso l'errore più lieve nell'applicazione della legge più complicata e ponesse poi sotto un'egida protettrice il magistrato ignorante, ciascun atto del quale potrebb'essere una nuova sventura pei giudicabili? (2).

28. Sotto l'impero del Codice sardo del 1854 Pisanelli escludeva la responsabilità dei giudici per colpa grave, augurando che una legge migliore allargasse non solo, ma rendesse reale ed efficace la responsabilità dei giudici; ma facendo notare che anche Nicolini e Carmignani avevano accolta la dottrina del Toullier (3). Infatti il Codice sardo del 1859 al n. 1 dell'articolo 640 disse: *se vi fu dolo, frode od omissione imputabile ai giudici o agli ufficiali del pubblico ministero.* Il vigente Codice di procedura civile, all'articolo 783 parla in tre numeri della responsabilità civile delle autorità giudiziarie e degli uffiziali del ministero pubblico. Il dolo, la frode, la concussione emergono anzitutto, ed è chiaro che per quanto grave possa essere la colpa, non può ritenersi compresa nel n. 1 dell'articolo predetto. Ma i numeri 2 e 3

(1) Op. cit., n. 193.

(2) In CARRÉ, loc. cit. Conf. MERLIN, Rép., *Prise à partie.* § 11; PONCET, az., n. 598; FAVARD, op. cit., IV, p. 502.

(3) *Comm. al Cod. sardo.* 2ª ediz., VI, n. 1216.

Digitized by Google

non presentano alcuna limitazione, e nessuna plausibile ragione abbiamo per escludere la colpa. Infatti, il Borsari, analizzando l'articolo 783, osservava che la responsabilità contemplata dal detto articolo poteva concepirsi di varie maniere ed emanare da diverse cause: 1° in quanto è previsto nel n. 1 dell'articolo 2° da fatti negativi del proprio uffizio, giusta la nozione del numero seguente; 3° da disposizioni positive di legge, che in determinati casi obblighino il magistrato all'emenda del danno; 4° dal principio generale che chiunque abbia cagionato un danno debba risarcirlo. E lo stesso scrittore escludeva la responsabilità per danno derivante da colpe dell'intelletto, *siano pur quelle della più favolosa ignoranza;* e fermandosi al n. 3 del detto articolo notava che « altri casi possono immaginarsi pei quali si imponga allo stesso magistrato una responsabilità personale; sperdendo, per esempio, carte interessanti, lasciando scorrere con aperta negligenza termini perentorii; e in generale, per commissioni od omissioni di fatti che producono un danno effettivo e certo, non altrimenti che ogni altro cittadino per la legge comune, non mai dipendentemente dalle loro idee ed opinioni ». Questa dottrina fu seguita dal Saredo, il quale ammise come regola di diritto: 1° la responsabilità dei giudici nel caso in cui per la loro colpa abbiano recato danno alle parti contendenti od ai terzi; 2° il principio per cui la disposizione della procedura civile non possa derogare alla norma della legge comune sulla responsabilità (1). Ma la dottrina non ebbe seguito, avendo poscia scrittori non meno autorevoli sostenuto il principio che, per qualsiasi colpa, il giudice italiano non possa mai essere ritenuto responsabile (2).

29. Se nessun'altra disposizione vi fosse tranne quella del n. 1 dell'articolo 783, senz'alcun dubbio non sarebbe a parlare di responsabilità per colpa; la quale, grave per quanto

(1) *Proc. in Camera di Cons.*, pag. 273 e 277; *Ist. di proc. civ.*, II, n. 1166.

(2) MATTIROLO, IV, n. 1318 (5ª ediz.); RICCI, III, n. 355; GARGIULO, sull'art. 783 proc. civ.

Digitized by Google

si voglia, non può mai equipararsi al dolo. Ma non parci si possa seriamente dubitare che il n. 2 del predetto articolo comprenda anche l'ipotesi della colpa. Si può rifiutare di provvedere sulle domande delle parti sia per dolo come per colpa; si può tralasciare di giudicare o conchiudere sopra affari che si trovino in istato di essere decisi, e ciò sia per dolo come per colpa. Si risponde per colpa negli altri casi dichiarati dalla legge (n. 3), come sarebbe quello dell'articolo 249 procedura civile. Ma per quanta efficacia possano avere le leggi di rito in tema di responsabilità, non crediamo che essa valga anche ad escludere quella responsabilità che è fondata sulla *injuria* e sul danno, e che riguarda qualunque fatto dell'uomo (art. 1151). Ed invero, il disposto del num. 3 dell'articolo 783 proc. civ. non si legge in veruno dei precedenti Codici; e se *negli altri casi dichiarati dalla legge* l'interprete vi ravvisa anche quello universale dell'art. 1151, non parci che gli si possa muovere rimprovero. Ma allora a che pro, si dice, il legislatore avrebbe dettate le disposizioni degli articoli 783 e seguenti? Gl'inconvenienti che si sono voluti evitare con tali disposizioni si rinnoverebbero ad ogni momento quando all'azione civile si aprisse la grande via comune tracciata dall'articolo 1151 del Codice civile (1).

A questo argomento rispondiamo col far notare che trattasi sempre di bene apprezzare la portata dell'articolo 783 proc. civ., il quale come abbiamo veduto, implica casi di colpa (n. 2). Ma non sarebbe strano che la responsabilità civile venisse limitata alle ipotesi contemplate nel n. 2 del detto articolo, e che il giudice non incorresse in veruna responsabilità, se sperdesse carte interessanti o lasciasse scorrere con aperta negligenza termini perentorii, o in altro modo qualsiasi recasse danno per commissioni od omissioni? (Borsari). A tale strana conclusione non si arriverebbe se venisse riconosciuto il principio che, malgrado le diverse ipotesi che possono venire contemplate, come le più comuni, sulla responsabilità civile di un pubblico funzionario, non s'intende mai implicitamente esclusa la applicazione dell'articolo 1151 Codice civile. L'implicito non

(1) Mattirolo, op. cit., n. 1318.

Digitized by Google

è ammessibile in questa materia, perchè l'articolo predetto contiene il principio generale sulla responsabilità civile, ed ogni speciale disposizione non può che limitare tale responsabilità, nel caso specialmente contemplato, ma non impedire che si applichi ad altri casi di danno colposo.

30. La quistione se la colpa grave possa ritenersi inclusa nel dolo (quistione che non avrebbe dovuto mai essere fatta), ha contribuito alla cattiva esegesi dell'articolo 783 proc. civ. Poichè la colpa grave non può equipararsi al dolo, di cui al n. 1 dell'articolo predetto, i giudici non rispondono che del dolo soltanto. Se la legge, così il Chironi, ha ristretto al delitto l'elemento soggettivo della responsabilità, non si può senza contraddizione aggiungere la figura del quasi delitto e limitar poi la colpa alla grave (1). E così, stando sempre nella cerchia del n. 1 dell'articolo 783, si trova che nel dolo è « il limite della responsabilità civile del magistrato e si esclude nel modo meglio sicuro la negligenza per quanto grave » (2). Ma a questo modo si obliano addirittura i numeri 2 e 3 dello stesso articolo, i quali implicano ipotesi di colpa, come abbiamo veduto; e se ciò non può negarsi, come mai si afferma che i magistrati non rispondono mai di quasi delitto? (3).

Motivo alla disposizione, osserva il Chironi, non è la impossibilità di scernere nettamente la colpa grave dalla lieve ed il pericolo di liti infinite avverso i magistrati. E quale sarà dunque? « Il bisogno di serbare integro il prestigio della magistratura che scadrebbe di assai nel concetto di quanti debbono invocarne e sopportarne le decisioni, se in lei si ritenesse possibile il pericolo di errori a causa di colpa grave » (4). Ma lo stesso scrittore è il primo a non attribuire importanza a cosiffatto criterio, poichè immediatamente soggiunge: « Certo sarebbe desiderabile che il magistrato dovesse rispondere non solo della colpa grave, ma di qualunque colpa a lui imputabile, essendo tale

(1) *Colpa extr.*, I, n. 109.
(2) Loc. cit.
(3) Op. cit., n. 110.
(4) Loc. cit.

Digitized by Google

l'altezza del suo ministero che male potrebbe essergli scusata la più piccola negligenza. Non è con disposizioni di privilegio che possono condurre alla irresponsabilità per imperizia condannabile specialmente nel giudice, chiamato come è a decidere quistioni delicatissime e gravissime, bensì nello estendere ad ogni pubblico ufficiale il principio ordinante la responsabilità pei danni dati colposamente, che si raffermano meglio le istituzioni. L'obbligazione di risarcire, come è guarentigia potente alla inviolabilità del diritto, dà pure sicurezza che nell'adempimento del pubblico ufficio il funzionario pone tutto lo zelo necessario: la liberazione da tale responsabilità è tutela ingiusta pei funzionari incapaci o negligenti, e non contribuisce alla dignità, al decoro della autorità giudiziaria » (1).

Queste osservazioni dell'illustre scrittore basterebbero a farci accogliere quella interpretazione da lui stesso respinta, perchè costituiscono la più eloquente condanna delle sue argomentazioni.

31. Il predetto scrittore cerca di dimostrare che al concetto della commissione non ripugni quello della indipendenza del committente nell'operato del commesso; e tale teoria sostiene a proposito degli atti illeciti dei giudici. La indipendenza del giudice, egli dice, non sopprime il rapporto di commissione, ma è condizione veramente necessaria affinchè questa si esplichi nel modo più vantaggioso alle istituzioni ed ai singoli; lo Stato consentendo e garantendo ai giudici tale indipendenza, non si spoglia della qualità di committente, ma fa quanto deve in conformità di sua origine e del fine che ha, la cura cioè dell'interesse generale, di cui la retta amministrazione della giustizia è ragione precipua di essere. Pure nelle private contrattazioni si hanno casi in cui la libertà d'azione lasciata al commesso non toglie la commissione. « È poi vero che l'indipendenza del giudice nell'esercizio del suo ministero induce l'indipendenza sua come impiegato? Tutt'altro; le leggi gli danno seria cautela quanto alla rimozione dall'uffizio; ma lo Stato ne vigila la

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

condotta, e il necessario suo zelo nel corretto adempimento del magistero affidatogli. Come impiegato ha dallo Stato l'incarico di amministrare la giustizia nel modo più nobile, più elevato, più indipendente; con la nomina gli vien commessa una incombenza che ha nella legge il suo fondamento e la sua misura » (1).

Respingiamo nella maniera più assoluta il principio secondo il quale i giudici sarebbero commessi dello Stato. L'istituzione, la nomina dei giudici è l'esplicamento di una funzione statutaria, che spetta al capo del potere esecutivo, ma che una volta esplicata nessun rapporto giuridico crea fra lo Stato e i giudici per ciò che si riferisce all'ufficio di amministrare la giustizia, alla maniera colla quale la mansione si esercita. Il potere del quale il giudice è rivestito gli viene direttamente dalla legge; egli è un funzionario dello Stato, appartenente ad un ordine, dove ciascuno agisce con indipendenza, e per tale ragione non può impegnare la responsabilità dello Stato. Qualunque figura giuridica vogliasi ricercare nel campo del diritto privato, è logicamente impossibile che venga applicata ai giudici, appunto perchè esercitano una funzione di diritto pubblico, la giurisdizione; ed è un errore allegare l'esempio delle private contrattazioni in cui talvolta è lasciata al commesso libertà di azione. Anzitutto, la libertà di azione non implica, in tali casi, esclusione da ogni dipendenza; eppoi, data la figura della commissione, la responsabilità del committente esiste sempre perchè a lui imputabile se volontariamente o per necessità di cose abbia lasciata libertà di azione al commesso. Ma quando è di essenza la libertà di azione; quando il funzionario, per l'indole stessa della funzione, deve agire con indipendenza, a che parlare di commissione? A che parlare della vigilanza che lo Stato esercita sui giudici? Sarebbero per questo in una condizione di dipendenza?

32. Giorgi (2) respinge l'opinione che ammette la responsabilità dei giudici per colpa grave, perchè s'imbatterebbe

(1) *Colpa extr.*, n. 253.
(2) Op. cit., V, n. 205.

Digitized by Google

negli inconvenienti che si vollero evitare. Chi saprebbe dividere con taglio netto, egli dice, le colpe gravi da quelle leggiere e segnare la linea da cui ogni colpa comincia ad essere grave? Ma noi vogliamo giovarci dell'esempio stesso che il Giorgi adduce. Un giudice fonda la sua decisione sopra un documento non prodotto in giudizio, ma conosciuto per privata informazione. Con ciò, ammette il predetto scrittore, viola il proprio dovere in doppio modo, e perchè riceve informazioni private e perchè non giudica *secundum alligata et probata;* ma, secondo il Giorgi, perchè mancherebbero il danno ed il dolo; e ciò ben s'intende, perchè senza danno non può esservi risarcimento. Però il danno può esservi, nè può opporsi che « quando il documento, tuttochè non prodotto, esiste realmente, il danno della parte soccombente è più apparente che reale ». E se il documento sarà apocrifo? Anche non concorrendo il dolo, non sarà evidente la colpa?

Giorgi (1) accenna anche alla responsabilità delle autorità giudiziarie quando la legge attribuisce loro la sorveglianza di certi uffizii, come ai procuratori del Re ed ai presidenti di collegi per le cancellerie. Egli ricorda una decisone della suprema Corte di Napoli 3 febbraio 1876, che ritenne la detta responsabilità, e propende a ritenere che non si tratti di applicare l'articolo 783 proc. civ., il quale, parlando dell'*esercizio delle funzioni*, non può che riferirsi allo svolgimento della giurisdizione o dell'impero. E noi accogliamo tale opinione, senza la riserva del Giorgi, cioè che la quistione non sembri *punto semplice, nè decisa definitivamente. ma tuttora meritevole di più seria ponderazione!*

(1) Op. cit., V, 207.

Digitized by Google

CAPITOLO XIII.

RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

1. *Dottrina già prevalsa in Italia sulla responsabilità della pubblica amministrazione.*
2. *Distinzione poscia fattasi tra il danno derivato da atti d'impero e quello derivato da atti di gestione.*
3. *Conseguenze deplorevoli che derivarono dall'anzidetta teoria accolta dalla giurisprudenza.*
4. *Continua. Nuovo indirizzo che s'è rivelato nella patria giurisprudenza coll'ammettere il risarcimento del danno anche per gli atti d'impero.*
5. *Esame di taluni giudicati. Responsabilità dei Comuni per la custodia degli animali nei mattatoi.*
6. *Continua. Responsabilità derivante dalla cattiva costruzione e manutenzione delle pubbliche strade.*
7. *Continua.*
8. *Continua.*
9. *Continua.*
10. *Continua.*
11. *Responsabilità pel danno derivato dal cattivo regime delle pubbliche acque.*
12. *Deplorevoli conseguenze a cui è giunta la giurisprudenza sulla responsabilità dei Comuni per l'omessa riparazione delle strade.*
13. *Giurisprudenza che ha riconosciuta la responsabilità della pubblica amministrazione per qualunque danno illegittimamente recato ai privati.*
14. *Quando l'amministrazione pubblica non è responsabile del danno recato ai privati.*
15. *Continua.*
16. *Del danno recato ai proprietarii di case a cagione di nuovo livellamento di strade.*

16 bis. *Del danno recato alle imprese private pel fatto della municipalizzazione di pubblici servizi.*

16 ter. *Continua.*

17. *Osservazioni del Chironi sulla teoria della doppia funzione dello Stato.*
18. *Continua.*
19. *Critica della teoria del Giorgi.*
20. *Continua.*
21. *Esame critico della teoria del Vacchelli sul danno recato dalla pubblica amministrazione.*
22. *Continua.*

Digitized by Google

23. Continua.
24. Continua.
25. Base razionale della teoria che riconosce la responsabilità della pubblica amministrazione anche per danno recato da atti d'impero.
26. Continua.
27. Continua.
28. Continua.

1. Ed eccoci a discorrere della responsabilità della pubblica amministrazione di fronte ai privati. L'indagine va fatta sotto doppio punto di vista, in quanto cioè il funzionario agisca secondo le prescrizioni dell'autorità superiore, ovvero in quanto commetta fatto illecito nell'esercizio o in occasione della mansione che gli sia stata affidata. Ed è chiaro che la prima indagine deve precedere la seconda, per ragione d'ordine logico che ben può comprendersi. Laonde, il quesito va anzitutto posto nei seguenti termini: il principio di responsabilità stabilito negli articoli 1151 e 1152 del Codice civile rendesi applicabile alla pubblica amministrazione? (1).

A gravissime controversie dette luogo in Italia la soluzione del quesito predetto perchè la responsabilità dell'amministrazione predetta lungi dall'essere, in un primo momento, considerata per sè stessa, indipendentemente da quella indiretta, cagionata dall'operato illecito dei funzionari, fu con quest'ultima coinvolta; d'onde le difficoltà che non sempre l'analisi scientifica ha potuto eliminare, la divergenza di opinioni, le incertezze della giurisprudenza.

Materia a quell'analisi ed alle statuizioni dell'autorità giudiziaria veniva apprestata dalle azioni di risarcimento esperite dai privati contro la pubblica amministrazione pel danno cagionato dai fatti illeciti dei suoi agenti; ed allora sorse una dottrina egoistica, sostenuta precipuamente dal Mantellini, che escluse qualsiasi responsabilità dell'amministrazione predetta. La quale dottrina può considerarsi come una specie di panteismo politico-giuridico, in quanto

(1) Usiamo spesso questa espressione anzichè quella di Stato per la stessa ragione addotta dall'ORLANDO. V. monogr. cit. nell'*Arch. di diritto pubbl.*. III.

Digitized by Google

che la persona del funzionario venendo assorbita da quella dello Stato, che rappresenta l'organo supremo del diritto e la negazione dell'illecito, sparisce qualsiasi responsabilità dello Stato medesimo. Il Codice civile sarebbe scritto per le relazioni dei privati fra loro, non mai per quelle fra i privati e la pubblica amministrazione; le quali relazioni sarebbero di diritto pubblico, che nulla dispone in ordine alla responsabilità dei fatti illeciti consumati dai funzionari amministrativi nell'esercizio o in occasione delle loro funzioni (1).

La dottrina del Mantellini è di un rigorismo estremo. « Porre la questione sulla responsabilità dello Stato per danno dato, secondo lui, vale il risolverla; non potendosi intendere che del danno dato con ingiuria, dato cioè contro il diritto. Potrà essere e sarà dunque una responsabilità politica dello Stato, Stato essendo associazione politica avente per fine di assicurare il diritto, talchè politico bisogna che ne consegua il rapporto di diritto » (2). Ebbene, non potrebb'esservi un ragionamento più sofistico, il quale riducesi a dire soltanto che lo Stato non può commettere danno perchè è Stato, e che esercitando la funzione politica, non si può mai commettere danno. È tutta una teoria che l'autore edifica sulla base di concetti fondamentali che non sono quelli del tempo nostro; e se ne vuoi una prova basta il seguente brano della stessa opera: « Lo Stato non può diventare e non diventa mai l'uomo che civilmente risponder debba di danno che gli si possa imputare a colpa, a negligenza, a imprudenza. Nè lo Stato mai risponde civilmente delle malefatte dei suoi dipendenti, sì civili che militari, dei quali si serve per l'esercizio della sua autorità; la rubrica dei delitti o quasi delitti non gli si applica. Nel testo romano trovi esempi, quanti ne vuoi, di responsabilità dell'*ufficiale*, nessuna della repubblica » (3). Altro che *ancien régime!*

---

(1) MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice civile*, p. I, lib. I e II; *Relazione sulle avvocature erariali pel 1879*. Conf. SAREDO, nella *Legge*, XXII, pag. 494 e segg.

(2) *Lo Stato e il Codice civile*. p. I, lib. II.

(3) Op. cit., lib. II, pag. 59.

Digitized by Google

Si spiega la dottrina anzidetta tenendo conto del momento in cui apparve. Le infedeltà di taluni impiegati dello Stato, specialmente dei cancellieri giudiziari, davan luogo ad una molteplicità di domande di risarcimento contro lo Stato medesimo, e che impressionavano i governanti; d'onde l'opera dell'eminente uomo che rappresentava in quel tempo così degnamente la erariale avvocatura, e che spese la sua dotta opera in favore di una tesi che a lui sembrava giusta, giuridicamente esatta, e che in realtà era le mille miglia lontana da ogni vero principio scientifico, nonchè dalla morale e dalla giustizia. Ed oggi non puossi ricordare quella dottrina se non come una penosa reminiscenza; e si ricordi pure come un monito ai venturi di non asservire la scienza a fine di mera opportunità, e tanto meno ad esigenze fiscali!

2. Ma l'indagine scientifica andò man mano assorgendo a quella importanza che meritava. Si cominciò dal riconoscere che, per quanto alta la funzione dello Stato, non lo costituisca in una condizione di privilegio; che la funzione esplicandosi per mezzo di agenti, organi o funzionari che dir si vogliano, non sia giusto lasciare i privati esposti alle ingiurie di tali persone, consumate nell'esercizio delle loro mansioni, senza che lo Stato giammai ne risentisse le conseguenze. Ed allora l'attenzione si volse sulla funzione stessa dello Stato, sulla maniera diversa colla quale può venire esplicata; e si ricorse ad una teoria che altrove era stata accolta da scrittori e da giudicati autorevoli, e sovra essa s'intese costruire la vera teorica sulla responsabilità dello Stato.

Come potere politico, lo Stato svolge una funzione alla quale non possono venire applicate le norme del Codice civile, ma i principii di diritto pubblico. Ma la funzione politica non può essere esplicata se non per mezzo di funzionari di ogni specie, i quali vengono in immediate relazioni coi privati, dando origine a rapporti giuridici che non possono rimanere in condizione *ex lege*. Allora non è più la persona politica che agisce, ma la persona civile; e,

Digitized by Google

nulla statuendo il diritto pubblico interno sulla responsabilità dello Stato pei fatti illeciti dei suoi agenti, sarebbe applicabile il diritto comune, il Codice civile, in grazia del suo carattere di universalità. Però, il Codice civile non si applicherà se non distinguendo; l'art. 1153 verrà applicato tenendo conto della funzione che gli agenti dello Stato son chiamati ad esplicare. Se riferibile ad atti d'*impero*, non è a parlare di responsabilità dello Stato; la insindacabilità della funzione politica da parte dei privati è tale una qualità che continua ed investe l'operato degli agenti e fa sì che lo Stato di nulla risponda. D'onde la famosa distinzione tra gli atti compiuti *jure imperii* e quelli compiuti *jure gestionis* — distinzione che dal diritto francese passò nel nostro, dove ha informata per parecchi anni la dottrina e vieppiù la giurisprudenza, ma dove gravissimo è surto il dubbio sull'esattezza scientifica della distinzione medesima. E poichè questa viene invocata non sempre allo stesso scopo, così avviene che la teoria dalla quale viene esclusa in modo assoluto riesca talvolta a conseguenze inaccettabili.

3. La distinzione sopra menzionata fece assai spesso perder di vista l'indagine sul vero rapporto giuridico che ha luogo tra lo Stato ed i suoi funzionarii d'ordine puramente amministrativo, perchè veniva fatta allo scopo di dedurne la responsabilità o la irresponsabilità della pubblica amministrazione sotto il punto di vista generico. Da ciò, ben si disse, l'arbitrio dell'interprete e dei tribunali nel qualificare d'impero o di gestione le singole funzioni, indipendentemente da ogni altra indagine; da ciò criteri spesso arbitrarii, che la giurisprudenza s'è sforzata di applicare ai singoli casi, non senza talvolta riuscire a conseguenze contro le quali ribellasi il buon senso giuridico, e non senza contraddirsi rispondendo sul medesimo caso.

E, come dicevamo, pei danni cagionati dagli agenti amministrativi nell'esercizio delle funzioni di governo si è negata ogni azione contro lo Stato, e si sono ritenuti

Digitized by Google

responsabili gli agenti stessi o i superiori gerarchici che abbiano emesso l'ordine (1). Non così per gli atti compiuti *jure gestionis* (2).

---

(1) Cassaz. Roma, 25 febbraio 1878 (*Giur. It.*, 1878, 514); Genova, 31 dicembre 1877 (*Eco Gen.*, 1878, 65); Cassaz. Roma, 7 maggio 1877 (*Giur. It.*, 1877, 632); 22 gennaio 1877 (*F. It.*, 1877, 1, 638); 31 luglio 1876 (*Ibid.*, 1876, 1, 1036); 17 maggio 1877 (*C. S. Rom.*, 1878, 678); 25 febbraio 1878 (*Giur. It.*, 1878, 514); Genova, 31 dicembre 1877 (*Eco Gen.*, 1878, 65); Firenze, 6 giugno 1878 (*Ann.*, 1878, 212); Messina, 30 ottobre 1882 (*F. Mess.*, 1882, 227); Casale, 22 novembre 1882 (*G. Cas.*, 1883, 33); Genova, 11 maggio 1883 (*Legge*, 1883, 2, 667); Cass. Roma, 21 gennaio 1880 (*Giur. It.*, 1880, 598); 1° marzo 1880 (*C. S. Rom.*, 1880, 244); Genova, 9 aprile 1880 (*Eco Gen.*, 1880, 1, 131); Cassazione Roma, 2 giugno 1880 (*C. S. Rom.*, 1880, 578); 20 gennaio 1880 (*F. It.*, 1880, 598); 15 giugno 1880 (*Legge*, 1881, 156); Napoli, 2 dicembre 1881 (*Giur. It.*, 1882, 139); Cass. Roma, 2 maggio 1881 (*C. S. Rom.*, 1881, 211); Genova, 10 ottobre 1882 (*Legge*, 1883, 2, 276); Lucca, 18 aprile 1882 (*Giur. It.*, 1882, 554); Cassaz. Firenze, 26 febbraio 1883 (*Legge*, 1883, 2, 545); Cassaz. Roma, 13 dicembre 1883 (*C. S. Rom.*, 1883, 919); Palermo, 12 marzo 1883 (*Giur. It.*, 1883, 583); Cass. Roma, 22 novembre 1883 (*F. It.*, 1884, 1, 573); Aquila, 17 febbraio 1885 (*F. Abruzz.*, 1885, 120); Palermo, 20 dicembre 1884 (*C. Giur.*, 1885, 194); Lucca, 25 maggio 1888 (*Annali*, 1888, 191); Catania, 26 agosto 1886 (*G. Cat.*, 1886, 175); Cass. Roma, 7 aprile 1889 (*Legge*, 1889, 1, 653); Genova, 9 dicembre 1892 (*Giur. It.*, 1893, 15); Palermo, 18 gennaio 1892 (*Legge*, 1892, 2, 20); 17 ottobre 1894 (*F. Sic.*, 1894, 298); Venezia, 11 dicembre 1894 (*Legge*, 1895, 2, 89); Cass. Roma, 27 marzo 1894 (*Dir. e Giur.*, X, 126); 22 luglio 1896 (*Cron. Daz.*, 1897, 2); Cagliari, 20 luglio 1897 (*G. Sarda*, 1897, 253); Cass. Roma, 13 febbraio 1897 (*Legge*, 1897, 1, 793); Cass. Palermo, 11 agosto 1898 (*C. Giur.*, 1898, 309); Cassaz. Roma, 9 luglio 1897 (*F. It.*, 1898, 1, 80); Cassaz. Firenze, 28 dicembre 1898 (*F. It.*, 1899, 1, 461); Cassaz. Roma, 3 dicembre 1898 (*Ibid.*, 1899, 2, 42); Bologna, 23 dicembre 1898 (*Mon. Bol.*, 1899, 44); Catania, 19 aprile 1901 (*G. Cat.*, 1901, 124); Cass. Napoli, 13 maggio 1902 (*Giur. It.*, 1902, 896); Bologna, 4 maggio 1900 (*Filangieri*, 1901, 387); Lucca, 20 agosto 1904 (*F. It.*, 1905, 1, 57); Cass. Roma, 1° agosto 1905 (*Ibid.*, 1905, 1, 1400).

(2) Roma, 18 aprile 1877 (*Legge*, 1877, 2, 155); Ancona, 15 dicembre 1877 (*F. It.*, 1877, 1, 83); Cass. Torino, 8 novembre 1878 (*Legge*, 1879, 1, 351); Cass. Roma, 22 febbraio 1879 (*F. It.*, 1879, 1, 175); Trani, 7 aprile 1880 (*Riv. Trani*, 1880, 560); Perugia, 10 gennaio 1881 (*Giurisprudenza Italiana*, 1881, 229); Cass. Torino, 13 aprile 1881 (*F. It.*, 1881, 1, 932); Cass. Napoli, 1° ottobre 1881 (*Legge*, 1882, 1, 520); Lucca, 18 aprile 1882 (*Giur. It.*, 1882, 554); Roma, 23 agosto 1883 (*T. Rom.*, 1883, 541); Messina, 30 ottobre 1882 (*F. Mess.*, 1882, 127); Palermo, 15 aprile 1883

Digitized by Google

4. Una distinzione che avrebbe dovuto giovare a tutt'altro scopo, cioè, all'ammessibilità di rimedi speciali contro taluni atti amministrativi innanti le autorità giudiziarie, si è fatta giovare al fine di sapere quando lo Stato debba ritenersi responsabile per gli atti illeciti dei suoi funzionari, come se a costoro, anche esercitando funzione d'impero, possa essere permesso consumare fatti illeciti senza che la responsabilità risalisse al potere dal quale quella funzione ripetono.

La patria giurisprudenza ha cominciato a riconoscere la responsabilità della pubblica amministrazione pei fatti illeciti dei suoi funzionari anche nei casi in cui agendo *jure imperii*, vengano lesi diritti dei privati. Ma, prima di analizzare tale giurisprudenza, è necessario fermare la nostra attenzione sulle conseguenze che si è inteso di trarre dalla distinzione tra gli atti d'impero e quelli di gestione. Noi siamo stati di coloro che hanno fatto omaggio alla distinzione predetta sotto altro punto di vista, ed abbiamo ritenuto non essere ammessibili rimedi possessorii contro i provvedimenti dell'autorità amministrativa emanati nell'interesse generale, per la tutela dell'ordine, della sicurezza, dell'incolumità, dell'igiene, e persistiamo su quanto abbiamo già scritto (1). Ivi abbiamo, da una parte, sostenuto l'inammessibilità del rimedio possessorio contro i provvedimenti emessi *jure imperii;* dall'altra, l'obbligo dell'indennizzo in favore del danneggiato, il quale deve adire l'autorità giudiziaria, senza che questa possa per nulla menomare l'atto amministrativo.

Doppia è l'indagine. Il funzionario può agire conformemente agli ordini superiori; ovvero può non legittimamente agire. Nell'un caso e nell'altro può esser recato danno ai

---

(*Foro It.*, 1883, 1, 1157); Cass. Torino, 16 marzo 1883 (*Foro It.*, 1883, 1, 1155); Genova, 19 marzo 1886 (*Eco Gen.*, 1886, 139); Lucca, 25 maggio 1888 (*Ann.*, 1888, 191); Cass. Firenze, 27 giugno 1889 (*Giur. It.*, 1889, 517); Napoli, 3 febbraio 1892 (*Mov. Giur.*, 1892, 59); Cassazione Roma, 24 luglio 1893 (*Riv. Un.*, 1893, 387); Catanzaro, 21 dicembre 1893 (*Giurispr. It.*, 1894, 649); Cassaz. Roma, 16 agosto 1899 (*Ibid.*, 1899, 865); 16 febbraio 1899 (*Foro It*,. 1899, 1, 268); Catanzaro, 2 dicembre 1898 (*F. Cat.*, 1899, 82).

(1) V. *Del possesso e delle az. poss.*, n. 370 e seg. (2ª ediz.).

Digitized by Google

diritti dei privati. Se agisce in conformità agli ordini superiori, quando verrà impegnata la responsabilità della pubblica amministrazione? Qui si è invocata la distinzione tra gli atti d'impero e quelli di gestione, e si è sostenuto che il cittadino non abbia azione pel risarcimento del danno cagionatogli dall'esecuzione degli atti della prima specie; ed in questo senso si è pronunziata la giurisprudenza delle nostre corti per parecchi anni. Ma infine s'è cominciato a riconoscere che anche per gli atti d'impero, quando ne derivi lesione di un diritto, sorga l'obbligo del risarcimento (1); tanto più quando siavi stata colpa nell'esecuzione (2), o quando siavi stato eccesso di potere o difetto di requisiti essenziali dell'atto amministrativo (3). E noi siamo costretti di analizzare brevemente talune decisioni della suprema Corte romana per far vedere quale uso siasi fatto della distinzione sopra menzionata.

5. Un Comune tiene apposite stalle nel proprio mattatoio per la custodia degli animali da macellarsi, facendo pagare ai proprietarii di essi un diritto di custodia e di stallaggio. È responsabile per la custodia? No, risponde la suprema Corte romana (4); si tratta sempre di atto d'impero. I Comuni sono obbligati di tenere un mattatoio; « e quantunque la legge non imponga nè ai municipii di mantenere apposite stalle per la custodia degli animali da macello nello stabilimento di mattazione, nè agli esercenti beccai di condurre e far custodire in tali stalle gli animali da macellarsi, non è però meno certo che la destinazione e l'esercizio di tali locali di custodia annessi allo stabilimento di mattazione costituiscono per le autorità municipali una funzione di governo, che esse assumono ed esplicano nel pubblico servizio della mattazione, rendendo colla custodia

(1) Cass. Firenze, 16 gennaio 1902 (*Giur. It.*, 1902, 287); 13 novembre 1902 (*Legge*, 1903, 18).

(2) Torino, 13 giugno 1902 (*La Giur.*, 1902, 1076).

(3) Cassaz. Roma, 10 dicembre 1902, Sez. un. (*Foro It.*, 1903, 1, 67); 11 febbraio 1903, Sez. un. (*Ibid.*, 1903, 1, 974).

(4) Decis. 2 luglio 1897 (*F. It.*, 1898, 1, 80).

Digitized by Google

degli animali da macello nello stesso stabilimento dello ammattatoio più comodo e facile il modo come provvedere alla macellazione con tutte le cautele e le norme prescritte dalla legge e dai regolamenti per l'igiene, la sicurezza ed il decoro pubblico ». Ma, se le stalle son fatte per custodire gli animali, pagando la mercede prescritta dai regolamenti, come si spiega la irresponsabilità del Comune nel caso di trafugamento degli animali dati in custodia nelle stalle medesime? La Corte riconosce che la percezione di quei diritti rappresenta il compenso del servizio prestato agli esercenti, ma risponde che non è il fine diretto propostosi dall'amministrazione, ma « una conseguenza secondaria, la quale nulla toglie al carattere ed alla scopo per cui il Comune tiene le stalle nel mattatoio, come nulla tolgono al carattere di pubblico e non già privato servizio la tassa ed i diritti che per un atto e provvedimento della pubblica autorità si corrispondono a seconda dei casi dai singoli interessati ».

La decisione della quale ci occupiamo ha creduto rispondere a tutte le obbiezioni del magistrato di merito, e noi ci riserviamo di discorrerne da qui a poco. Ora notiamo che lo stesso supremo collegio con decisione 29 marzo 1900 (sez. unite) mutò avviso sulla medesima causa e ritenne la responsabilità del Comune di Roma. « Avendo il Tribunale in base alle risultanze dei fatti ritenuto che le stalle municipali annesse al mattatoio non siano preordinate, come mezzo al fine, al servizio della mattazione, ma che il Comune le abbia fatte costruire per avere un reddito in compenso del vantaggio a trarre da quei beccai che non volendo o non potendo far mattare subito i loro animali. credono farli ivi custodire senza che però siano obbligati a farli passare senz'altro al mattatoio, tutte le censure che solleva il ricorrente con questo mezzo del ricorso s'infrangono contro le cennate risultanze di fatto, le quali sono tali che mentre impediscono di ravvisare nella introduzione degli animali che si fa dai beccai, *nullo jure cogente*, nelle stalle del mattatoio, l'adempimento di una prescrizione che metta capo a ragioni d'igiene e sanità pubblica, ed escludono quindi ogni concetto di atto d'impero, concorrono per

Digitized by Google

contrario a dimostrare che ad un vero e proprio contratto di deposito si dà luogo fra il Comune ed i beccai; quando questi per provvedere ad un loro privato interesse si determinano a dimandare, e l'altro, anche per scopo patrimoniale, a mezzo dei suoi agenti consenta di ricevere nelle stalle del mattatoio i loro animali, pur sapendo che possono di poi ritirarli anche senza farli mattare ». Ecco la stessa funzione qualificata or atto d'impero ed ora atto di gestione, per venire alla conseguenza che il danno non sia, ovvero sia risarcibile.

6. Lo Stato ha la tutela del regime delle acque. La suprema Corte romana quantunque neghi la responsabilità per la omissione di opere o di operazioni, l'ammette nel caso in cui venga modificato il corso delle acque e ne risentano danno i privati per inesecuzione o non completamento delle opere (1). La stessa Corte ritenne che il proprietario danneggiato dalla cattiva costruzione delle strade abbia diritto a risarcimento, non per colpa aquiliana che non è ammessibile per gli atti d'impero, ma in base all'articolo 46 della legge del 1865 sulla espropriazione per pubblica utilità (2). Poscia con decis. 23 luglio 1903 (3) e 5 febbraio 1904 (4) a sezioni unite, negò qualsiasi responsabilità dello Stato nel caso predetto. Le conseguenze sono assai gravi come puossi rilevare dalla seconda delle anzidette decisioni. « Ritenuto che un fosso canale denominato Tarretta traversa nella città di Livorno la via comunale che dal Calambrone conduce alla porta di San Marco. Su tale fosso è stato costruito un ponte girante allo scopo di dar passaggio ai navicelli. Nel 4 marzo 1901 la suddetta via, a ponte girato, era rimasta aperta sul fosso, indifesa, senza ripari (sono parole testuali della sentenza denunziata), senza segnali, senza guardiano, in modo da costituire un

(1) Decis. 1° aprile 1901 (*Legge*, 1901, 2, 113), V. la nota del MORTARA, nella *Giur. It.*, 1901, 1, 1, 1029.

(2) Decis. 8 marzo 1902 (*F. It.*, 1902, 1, 800).

(3) *F. It.*, 1903, 1, 1448. V. la monogr. di UGO FORTI nella *Giur. It.*, 1903, 1, 1, 1036.

(4) V. *F. It.*, 1904, 1, 270.

Digitized by Google

grave pericolo per chiunque in quel frattempo provenisse dalla campagna, specialmente su veicoli in corsa, quando il giovane Attilio Doaglieri, figliuolo degli odierni controricorrenti, venendo in bicicletta dal Calambrone, precipitava nel canale e vi si annegava. Fu in quella luttuosa occasione che il municipio provvide a che mediante catena la via comunale rimanesse sbarrata durante il tempo nel quale il ponte era girato ». Questo il fatto. Alla domanda di risarcimento spiegata dai genitori dell'annegato il Comune oppose di non essere incorso in veruna responsabilità, trattandosi di atto d'impero; il Tribunale respinse tale eccezione e così la Corte di Lucca. Il supremo collegio invece l'accolse e cassò l'impugnata sentenza per incompetenza a conoscere dell'azione dedotta.

La Corte d'appello aveva distinto due momenti rispetto alla costruzione delle strade; un primo momento quando la costruzione viene deliberata nel pubblico interesse; un secondo quando ne imprende direttamente o indirettamente la costruzione e la manutenzione, e ravvisò esplicamento d'impero nel primo momento, di gestione nel secondo. Il supremo Collegio respinse la distinzione « perchè vi manca il sostrato della retta, esatta interpretazione della legge ». Ma dov'è la legge che dev'essere interpretata? Fin oggi non ne conosciamo alcuna, e la giurisprudenza è stata costretta di svolgersi esclusivamente al lume dei principii del diritto privato e di quello pubblico. Però, non temiamo di affermare che questa, come altra decisione della Cassazione romana, lungi dallo armonizzare i legittimi interessi dei privati e della pubblica amministrazione, non riescono che a ferire l'uno in vantaggio dell'altro. Eccone la dimostrazione:

« Atto di autorità è la costruzione della strada, come atto d'autorità da parte della pubblica amministrazione è la manutenzione della strada medesima, conciossiachè tanto l'una quanto l'altra rispecchino il pubblico interesse, la cui tutela è affidata alla pubblica amministrazione. Il singolo privato ha diritto di godere di questi due fatti che si compiono dal pubblico potere, non come singolo, in nome proprio e con qualità personale, ma come cittadino, ossia come associato all'universalità, nel cui collettivo interesse l'auto-

Digitized by Google

rità comunale, provinciale, governativa, ha potuto deliberare, costrurre e mantenere la pubblica via, compiendo atto di sovranità, che non può mai essere soggetto al contratto di questo singolo ed essere sorgente di colpa. Questa deriva dal fatto illecito, e l'atto d'impero, legalmente esercitato, non è illecito e non può venire sottoposto alla censura del privato, perchè è manifestazione di quella potestà che alla pubblica autorità viene confidata dalla legge per la suprema finalità del pubblico interesse, della collettiva utilità dell'*universitas*. Vi sarebbe, se così non fosse, il pericolo evidente di una perturbazione di diritti e doveri che la legge vuole assolutamente allontanato. Il cittadino, questo singolo, questo privato, non può, di fronte al Comune, alla Provincia ed allo Stato, vantare alcun diritto di proprietà, di condominio o di usufrutto nelle pubbliche strade, le quali appartengono al demanio comunale, provinciale e pubblico, e come tali non possono essere alienate. Egli ha soltanto il permesso di goderne come tutti gli altri concittadini, non *uti singuli*, ma *uti universi*. E perciò non può avere diritti garantiti da azione giudiziaria ».

7. L'ultima parte delle riferite considerazioni poteva essere risparmiata, perchè quando i genitori del povero annegato domandavano il risarcimento del danno sofferto, nè vantavano diritto di condominio, nè di alcun'altra natura sulla pubblica strada; nè tampoco intendevano esercitare controllo sull'azione del Comune. Eravi un danno sofferto; eravi una colpa a causa della quale il danno aveva avuto luogo. La colpa, dice la Corte, deriva dal fatto illecito; ma l'atto d'impero legalmente esercitato non è illecito; dunque non può cadere sotto la censura del privato. L'erroneità di questo sillogismo può agevolmente essere rilevata; la conseguenza non ha da far nulla colle premesse. Il privato non vuol censurare l'atto d'impero, ma sostiene che sia stato illecitamente esercitato; ora gli atti d'impero illecitamente esercitati può dirsi che siano legalmente esercitati? Tutt'altro. Chi per propria colpa reca danno, contrae l'obbligo di risarcirlo; è sempre l'articolo 1151 Cod. civ. che viene invocato, e che non fa eccezione per nessuno.

Digitized by Google

È una teoria assai comoda e che potrebb'essere ancora un riflesso di teoria individualistica o di statolatria, quella che vuol sottratti gli atti d'impero ad ogni responsabilità. Vi è o no l'illecito? Vi è o no la colpa? Se vi è, dev'essere riparato il danno; e l'azione di risarcimento non tende ad impugnare l'atto d'impero, bensì a fare reintegrare un diritto leso, il diritto del privato, leso in occasione dell'esercizio del *jus imperii*. Se noi altrove abbiamo accolta la distinzione tra gli atti d'impero e quelli di gestione, ripetiamo che l'abbiamo fatto in omaggio al principio che la pubblica amministrazione non possa essere nello esplicamento della sua funzione attraversata dai privati, non già perchè i diritti di costoro potessero essere impunemente lesi. In questo senso sarebbe la più ingiusta, la più irrazionale, la più tirannica delle dottrine.

La stessa Cassazione romana si è pronunziata parecchie volte, come abbiamo veduto, nel senso del risarcimento. Ed invero, come potrebbe mai giustificarsi che se venga danneggiato un lembo di terreno di poche centinaia di lire si abbia diritto a risarcimento, ed invece tale diritto non si abbia quando, a causa di negligenza di un Comune, un giovane disgraziato cada in un canale e vi anneghi? Forse che il diritto alla vita, alla incolumità personale, val meno di pochi metri quadrati di terreno? Esiste anche il diritto d'impero di fare annegare la gente sotto i ponti?

I singoli, si dice, hanno il diritto di godere delle strade; lo hanno *uti cives*, e sta bene. Ma se, per incuria della pubblica amministrazione, godendo delle strade, vi incontrino la morte o ne rimangano danneggiati, si oppone ad essi il diritto d'impero? Ma è questa la più crudele delle ironie, la violazione più flagrante di ogni principio di giustizia e di equità; vi si sente qualcosa dell'*ancien régime!* E ciò è tanto vero che si è cercato di addossare la responsabilità sugli agenti dell'amministrazione; il che vuol dire rendere per lo più frustranea l'azione dei privati!

8. E la giurisprudenza della suprema Corte romana è tuttavia fluttuante, come lo rivela la decisione 13 febbraio 1905. L'appaltatore della manutenzione stradale non ne cura

Digitized by Google

l'esecuzione; per difetto di vigilanza, un passante cade in una fogna e vi perde la vita. L'appaltatore era obbligato di sottostare alla dipendenza del direttore dell'ufficio tecnico comunale, che doveva esercitare la sorveglianza mercè assistente. La Cassazione ritenne anche la responsabilità del Comune, ed ha ben giudicato (1); e la stessa Corte aveva riconosciuto il diritto del privato di essere risarcito del danno cagionatogli dalla pubblica amministrazione nell'esercizio di bonifiche (2). Con decisione 20 giugno 1905 (3) (sez. unite) riconobbe il diritto al risarcimento contro i provvedimenti del Ministero dell'interno relativi al lago di Lesina. E disse: « Quando è stabilito il proporzionato equilibrio tra le esigenze del bene pubblico e la salvezza del diritto privato, la difesa di quest'ultimo, nei limiti così assegnatigli è senza dubbio materia devoluta alla giurisdizione ordinaria; il diritto privato, in tale stato di cose, conserva perfetta e piena cotesta sua natura e gode le prerogative che al diritto sono inerenti, fra cui principalissima l'azione giudiziaria contro qualunque attentato che provenga pure da organi della pubblica amministrazione, sotto la riserva, in questo ultimo caso, delle limitazioni all'ufficio giurisdizionale imposta dall'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo ». In questa decisione è implicitamente riconosciuto il principio che anche per gli atti di impero sia responsabile la pubblica amministrazione, quando l'atto, legittimo in sè stesso, sia eseguito recando danno al privato (4).

9. Un passante per la via del Babbuino a Roma precipita in un fognone sottostante al marciapiede, perchè una lastra da più giorni spezzata e malamente rimessa aveva ceduto

(1) V. *F. It.*, 1905, 1, 270.

(2) Decis. 13 settembre 1891 (*F. It.*, 1892, 1, 257); 10 gennaio 1902.

(3) *F. It.*, 1905, 1, 1037.

(4) Con decis. 15 febbraio 1900 (*Legge*, 1900, 1, 617), fu ammessa la responsabilità della pubblica amministrazione, ma negata l'azione di risarcimento per danno derivato dallo straripamento di fiumi o torrenti, quando risultasse che la inondazione si sarebbe egualmente verificata senz'alcuna opera dell'amministrazione stessa.

Digitized by Google

sotto i piedi del malcapitato, il quale riportò gravi lesioni e domandò risarcimento contro il Comune. Il tribunale ordina istruzioni e la Corte d'appello conferma la sentenza con motivazioni brevi, ma degne di essere riferite. « Il Comida Brattia con la proposta azione non ha preteso punto di costringere il Comune di Roma a curare la manutenzione delle pubbliche vie in un modo piuttosto che in un altro, ma reclama il risarcimento dei danni sofferti come conseguenza diretta della colpa del Comune medesimo per avere mancato all'obbligo incombente come ai privati anche alle pubbliche autorità, di vigilare a che la pubblica strada non si convertisse in un trabocchetto, che per poco non fu causa della sua morte. In altri termini, egli vuol essere risarcito dei danni derivati dalla lesione del diritto della propria personalità, che è il presupposto e il fondamento di tutti i diritti subbiettivi, sia pubblici che privati, del diritto cioè dell'integrità fisica, che deve essere tutelata contro qualsiasi attentato, sia da parte di privati che di pubbliche autorità ».

La suprema Corte romana con decisione 20 febbraio 1905 (1) continua nel sistema dei soliti argomenti, e se altro ne aggiunge, è assai specioso. Costruire e mantenere le strade, dice la Corte, è potestà discrezionale, e il Comune non aveva colpa se lasciò la lastra della via in quella condizione pericolosa; « giacchè questa pretesa colpa o quasi delitto, nella riparazione del guasto in parola, rientrerebbe nella omessa manutenzione o mala manutenzione della strada, cosa onninamente sottratta al sindacato dei tribunali e che non potrebbe fornire materia di azione di risarcimento, mancando a questa in proposito il *sostrato essenziale di un diritto civile*, che possa essere stato leso dall'atto amministrativo ».

Ma esiste ovvero no un diritto alla propria incolumità? La risposta pel supremo collegio, per quanto nuova, è altrettanto ingenua, per non dir altro: « Della integrità personale del passante custode e tutore non è il Comune, ma lo stesso privato, il quale ha bensì *jure civitatis* il diritto

(1) *F. It.*, 1905, 1, 467.

Digitized by Google

di transitare sulla via pubblica, come su qualunque altro suolo demaniale, ma esercita simile transito a suo rischio e pericolo, cosicchè se passando per la pubblica via, *uti jacet*, alcun danno gli incoglie, la colpa, cioè la causa diretta ed efficiente di questa, va ricercata non più nel fatto od omissione dell'amministrazione, *ma solo nel libero ed elettivo fatto di lui*. D'onde l'assoluta improponibilità dell'azione di cui sopra; il che appunto si risolve in incompetenza del magistrato ordinario ».

Ma dunque tutti coloro che sono costretti a transitare di notte per le pubbliche vie si rassegnino all'evento di rompersi il collo; il torto non sarà del Comune, ma di loro, a causa del *libero ed elettivo fatto* di passare! Il rimedio sarà quello di ricorrere alle autorità amministrative perchè la causa del danno sia rimossa! Gli stessi concetti sono espressi nella decisione 17 maggio 1900 dello stesso collegio (1). Il rimedio che ivi si suggerisce al privato che abbia risentito il danno è il seguente: « In questi casi i cittadini possono reclamare alle autorità amministrative gerarchiche perchè si rettifichi o completi una costruzione stradale, o perchè si provveda alla migliore manutenzione! ».

10. Pochi mesi trascorrono ed il supremo Collegio riconosce l'obbligo del Comune di risarcire il danno sofferto dai passanti a causa dei guasti delle strade. Il Comune di Padova esegue lavori per conduttura del *gas* illuminante; gli operai lasciano scoperchiato un fosso, dove cade una giumenta, che ne rimane danneggiata. La suprema Corte ammette l'azione di risarcimento, e nota che l'attrice fondava la responsabilità del danno patito « non già nell'obbligo dell'amministrazione municipale di ben provvedere alla manutenzione di pubbliche strade e di non lasciarle in condizioni mal rispondenti all'uso a cui sono destinate, ma la detta responsabilità essa faceva consistere nel fatto specifico di avere il municipio ordinato dei lavori in una

(1) *F. It.*, 1900, 1, 585. V. decis. 18 luglio 1901 (*Cons. Amm.*, 1901, 362), colla quale fu negato ogni diritto di risarcimento ai passanti per la cattiva manutenzione della strada.

Digitized by Google

pubblica via per bisogni richiesti dall'impianto e dalla distribuzione dei condotti del *gas*, i cui lavori furono così male diretti ed eseguiti dai preposti e dagli operai adibiti dal medesimo municipio, che per tale ragione ebbe a riportare, transitando per quel luogo, una grave lesione l'animale di sua proprietà ». Ora, in che consiste la diversità tra l'ipotesi in cui il danno avvenga per mancata manutenzione delle strade o per lavori ordinati dal Comune nell'interesse generale, nol comprendiamo; e che nella specie di cui trattiamo il Comune avesse agito nell'interesse generale viene affermato dalla Corte medesima, la quale nella gestione del *gas* illuminante non ravvisò l'interesse patrimoniale. La responsabilità « è da riconoscersi quando si alleghi di essere stati causa del danno lavori ed opere che sono estranei alla funzione di governo, che è propria dei Comuni, ma che vennero da essi ordinati o fatti eseguire sotto la propria direzione e mediante persona direttamente incaricata, per conseguire uno scopo di utilità patrimoniale, o anche nell'intento di provvedere a certi servizi d'interesse generale, meglio che non facciano private imprese di particolari esercenti ».

E la medesima Corte con decisione 18 agosto 1899 (1) aveva ammesso che esercitandosi atti d'impero possono esser lesi i diritti dei cittadini e quindi possa essere spiegata azione di risarcimento. Trattavasi dell'interesse di un costruttore di teatro, del quale teatro l'autorità amministrativa aveva ordinata la demolizione dopo averne permessa la costruzione. Non si nega all'autorità amministrativa, dice la Corte, di emettere nuovi provvedimenti qualora avesse riconosciuto che le condizioni del teatro non garantissero da ogni pericolo i frequentatori del politeama ed i vicini edifizii; « ma non è men certo che l'esercizio di questo potere, specialmente se spinto sino alla chiusura e parziale distruzione del teatro, importi la violazione di un diritto protetto da una legge positiva e quindi deducibile innanti l'autorità giudiziaria ».

---

(1) *F. It.*, 1899, 1, 797

Digitized by Google

11. Con decisione 9 marzo 1905 (1) è riconosciuta la responsabilità della pubblica amministrazione pei danni che reca ai privati nel regime delle pubbliche acque. L'articolo 124 della legge 20 marzo 1865, modificato dalla legge 30 marzo 1893, attribuisce all'autorità amministrativa la cognizione delle controversie relative al regime delle acque; ma ciò riguarda l'impugnazione della legittimità dell'atto amministrativo e il pregiudizio che dalla illegittimità del medesimo deriva al privato. « Ma, osservò la Suprema Corte romana, se con la controversia non s'impugni come illegittimo l'atto amministrativo e non si voglia conseguire l'uno o l'altro dei detti scopi, ma bensì, ammessa la legittimità dell'atto amministrativo, si domanda soltanto il risarcimento di danni per la lesione di un diritto patrimoniale che sia derivato da quell'atto legittimamente emanato e come tale riconosciuto, in tal caso sono inapplicabili le surriferite disposizioni e la controversia è deferita alla giurisdizione civile ordinaria secondo le norme generali, salvo la restrizione stabilita dall'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo... In questa ipotesi l'autorità giudiziaria ordinaria è competente a decidere la controversia anche quando l'atto amministrativo sia stato emanato non già *jure gestionis*, ma *jure imperii*... » (2).

12. Insistiamo sull'idea di non doversi invocare la distinzione tra atti d'impero ed atti di gestione, sotto il punto di vista della responsabilità civile della pubblica amministrazione, per evitare che si controverta sulla natura dell'atto amministrativo nel fine di dedurne se competa o no al privato l'azione del danno. Per esempio, la Corte d'appello di Roma (3) ritiene che la costruzione e manutenzione delle strade e delle fogne pubbliche implichi svolgimento di diritto d'impero, e quindi non competa azione ai privati per danni recati alla loro proprietà; invece, secondo la suprema Corte fiorentina, il Comune che provvede da sè

(1) *F. It.*, 1905, 1, 671.
(2) Decis. cit.
(3) Decis. 2 giugno 1901 (*T. Rom.*, 1901, 395).

Digitized by Google

stesso alla manutenzione delle stade non esercita un *jus imperii*, ma un *jus gestionis*, ed è responsabile del danno che possono risentirne i privati. Un fiaccheraio percorrendo di notte una via di Pisa, inciampa nel *chiusino* di una fogna, rottosi da tre giorni, in maniera da lasciare un'apertura che guastava la continuità del lastrico. Chiese risarcimento contro il Comune pel danno sofferto; il pretore assolse il Comune perchè ritenne la manutenibilità delle strade rientrare negli atti d'impero; ma la sentenza fu revocata dal Tribunale ed il supremo collegio fiorentino ritenne trattarsi di atti d'impero, che nella pratica si esplica con atti di gestione, d'onde un'altro concetto che fa capolino nella teoria. « Se il Comune intraprende, ordina a mezzo dei suoi ingegneri le opere di restauro dei lastrici, la provvista del pietrame ed altri materiali, adibisce operai, ne fissa e corrisponde la mercede, incarica agenti di lavorare ed assume la sorveglianza dei lavori stessi con intento di economia, o partecipa all'appalto, non fa atto di potestà politica per eseguire quello che è già compiuto colla deliberazione autoritaria, cioè il provvedimento d'interesse pubblico, il quale costituisce il solo ed unico obbiettivo dell'atto d'impero, ma dispone *uti singulus* con possibile suo vantaggio e pregiudizio, contraendo così responsabilità pei fatti dannosi causati dal trascurato mantenimento. Quindi anche ammesso che gli atti di politica autorità possano avere un periodo o stadio di esecuzione e che non degerino in gestione solo perchè il Comune deliberante affidi ad altri ciò che non può fare da sè, non è da questo momento e dal fatto della sola vigilanza che deriva la responsabilità, ma dalla scelta dei funzionari e dal fatto concordato e constatato che il Comune si trova necessariamente cointeressato nelle spese di riparazione, e ne trae o ne può trarre un profitto, ponendosi così in rapporto coi terzi sovventori di quanto occorre pel mantenimento comodo e sicuro delle strade. E la dottrina è concorde in questo, cioè che il Comune, assuntore in economia o appaltante le opere di esecuzione anche di un provvedimento autoritario, non può altrimenti far valere la ragione pubblica dell'irresponsabilità, perchè non provvede esclusivamente al servizio

Digitized by Google

pubblico nell'interesse della generalità, ma vi partecipa anche nel suo privato interesse, incorrendo perciò nella responsabilità indiretta contemplata nell'art. 1153 Codice civile » (1). Ed osserva il supremo collegio fiorentino che il Comune fa atto di gestione non solo quando proceda a convenzioni coi terzi e che riguardino il patrimonio privato, ma anche quando s'ingerisca in affari d'interesse generale o in pubblico servizio coll'intento di aumentare il patrimonio demaniale, risparmiando sulla spesa notata e deliberata col provvedimento autoritario, mettendo in contrasto l'interesse patrimoniale coll'interesse pubblico, male o insufficientemente provvedendo a questo, in maniera da arrecare danni personali.

13. Ecco le conseguenze alle quali si arriva facendo dipendere l'azione di danno dall'indole dell'atto amministrativo. Si è costretti a distinzioni e suddistinzioni, fra le quali quella assai speciosa degli atti d'impero che degenerano in atti di gestione. Per esempio, in tema di provvedimenti di sanità marittima, la suprema Corte di Palermo ritenne responsabile lo Stato pei danni recati ai privati dalla capitaneria di porto per colpa e per cattiva applicazione dei regolamenti; e ciò pel motivo che tali atti rientrano in quelli *jure gestionis* e non in quelli *jure imperii* (2). Il Gabba, annotando tale decisione, nega con ragione trattarsi di funzione *jure gestionis.*

Ma la dottrina veramente logica, e come tale assai semplice, non può essere se non quella che ammette il risarcimento in ogni caso di lesione di diritti per effetto dell'atto amministrativo (3). E ricordiamo con compiacimento

---

(1) Decis. 28 dicembre 1898 (*F. It.*, 1899, 1, 461).

(2) Decis. 14 aprile 1883 (*F. It.*, 1883, 1, 1157).

(3) È stata ammessa la responsabilità del Comune quando vengano ammucchiati materiali nelle pubbliche vie e ne risentano danno i passanti. Cass. Firenze, 9 febbraio 1894 (*Giur. It.*, 1894, 366); quando sia stata omessa la manutenzione della strada comunale e sia derivato danno. Cass. Napoli, 9 aprile 1894 (*F. It.*, 1894, 1012); quando il Comune eserciti atti d'impero in istrade vicinali non annotate in elenco. Cass. Firenze, 5 marzo 1894 (*Legge*, 1894, 1, 653); Cass. Roma

Digitized by Google

la decisione 7 novembre 1905 della suprema Corte romana (1), colla quale si proscrive la distinzione per tanto tempo seguìta e si riconosce il diritto al risarcimento per danno cagionato, in generale, dagli atti della pubblica amministrazione ai privati.

14. Il danno debb'essere risarcito, quando sia conseguenza della lesione di un diritto, sia che la pubblica amministrazione agisca in modo legittimo o illegittimo; talvolta il danno può non essere conseguenza della lesione di un diritto. Ciò ha luogo quando la pubblica amministrazione agisca per ragioni supreme di sicurezza, d'igiene, d'incolumità pubblica. Da banda il *jus imperii*; nell'esercizio di taluni atti amministrativi, pur verificandosi danno verso i privati, non per questo può dirsi che siavi lesione di diritto e danno risarcibile. Potremmo addurre parecchi esempi in cui il privato è costretto a subire il danno senza che possa sperimentare azione di risarcimento.

Un polverificio aperto coll'autorizzazione governativa vien fatto chiudere poscia per ragioni di sicurezza; non puossi reclamare indennizzo (2). Una data località è minacciata da inondazione; l'autorità competente fa aprire canali per iscongiurare un disastro; i privati che risentono danno non possono reclamare indennizzo (3). Lo stesso se per evitare l'allagamento di un fiume o torrente, venga costruita una diga per cui ne risentano danno alcuni rivieraschi (4);

---

12 gennaio 1894 (*F. It.*, 1894, 1, 482); quando non faccia eseguire le riparazioni ad una strada che si svolga sull'argine di un torrente. Genova, 3 marzo 1894 (*T. Gen.*, 1894, 215); 3 maggio 1895 (*Legge*, 1895, 2, 194). Inoltre è stata riconosciuta la responsabilità della pubblica amministrazione per atti d'impero da queste Corti: Macerata, 5 ottobre 1899 (*F. It.*, 1899, 1, 1241); Firenze, 9 febbraio 1901 (*Ann.*, 1901, 158): Cass. Roma, 6 maggio 1903 (*C. S. Rom.*, 1903, 1, 206); Roma, 17 dicembre 1904 (*Pal. Giust.*, 1905, 72); Cassaz. Napoli, 23 agosto 1904 (*F. It.*, 1905, 1, 15); Genova, 13 giugno 1905 (*Filangieri*, 1905, 858).

(1) *F. It.*, 1905, 1, 1329, est. Mortara.

(2) Firenze, 4 novembre 1903 (*Ann.*, 1903, 389).

(3) Cassaz. Roma, 22 dicembre 1902 (*Temi*, 1903, 230); 3 marzo 1904 (*C. S. Rom.*, 1904, 1, 79).

(4) Venezia, 9 marzo 1894 (*T. Ven.*, 1894, 623).

Digitized by Google

se per ragione di utilità pubblica venga tolta o modificata una concessione di derivazione d'acque (1). Non così nel caso che le acque straripino dal loro corso naturale a causa delle opere fatte dall'autorità amministrativa (2) o per l'omessa manutenzione (3). Così, non implica risarcimento la revoca delle concessioni precarie fatte ai privati dai Comuni (4). Insomma sonvi dei casi in cui il privato non può allegare lesione di diritto, perchè l'atto amministrativo, nella sua estrinsecazione, deve equipararsi alla forza maggiore. Un caso verificatosi assai volte in tempi di malattie epidemiche e contagiose o di minaccia delle medesime è stato quello in cui l'autorità amministrativa ha ordinato che venissero distrutte masserizie appartenenti a persone affette o sospette di contagio; e l'altro, quando a mente delle leggi sulla sanità pubblica, ordina la distruzione di commestibili dannosi alla salute. Qui non havvi lesione di diritto e non può domandarsi risarcimento.

È stato giudicato che il sindaco, agente come ufficiale del Governo, non impegna il Comune (5). Può agire per motivi di sicurezza pubblica (6), facendo sospendere l'esercizio di un'industria (7), facendo costruire argini su fondi di privata proprietà per salvare la gente da una imminente inondazione (8), ordinando ai privati di non togliere acqua dai pubblici lavatoi (9). Secondo il nostro avviso bisogna distinguere. L'autorità giudiziaria deve anzitutto indagare se, nel singolo caso, siavi lesione di diritto; e questa è una indagine abbastanza delicata.

---

(1) Catania, 13 luglio 1894 (*G. Cat.*, 1894, 160).

(2) Cass. Roma, 4 febbraio 1894 (*Legge*. 1894, 1, 402).

(3) Cass. Roma, 19 dicembre 1902 (*Temi*, 1903, 179); Venezia, 27 febbraio 1903 (*Ibid.*. 1903, 292).

(4) Cass. Palermo, 13 giugno 1905 (*F. Sic.*, 1905, 112).

(5) Casale, 23 luglio 1881 (*F. It.*, 1881, 1, 1216); Venezia, 24 luglio 1877 (*T. Ven.*, 1877, 487); Cass. Roma, 6 luglio 1882 (*Legge*. 1883, 1, 219); Cassaz. Firenze, 30 giugno 1882 (*F. It.*, 1882, 1, 1054); 27 giugno 1889, (*Giur. It.*, 1889, 517).

(6) Catania, 19 settembre 1881 (*Legge*, 1882, 1, 348).

(7) Catania, 21 gennaio 1881 (*Giur. It.*, 1881, 221).

(8) Cass. Torino, 11 gennaio 1880 (*Giur. It.*, 1881, 189).

(9) Roma, 3 febbraio 1881 (*T. Rom.*, 1881, 9).

Digitized by Google

15. Dalle specie che abbiamo ricordato il lettore può argomentare quando tale lesione possa dirsi che sussista. Non basta che il sindaco proceda come uffiziale del Governo perchè la lesione del diritto dei privati sia esclusa; la lesione può verificarsi quand'anche il sindaco od altra autorità amministrativa proceda regolarmente, senza commettere eccesso di potere. Per esempio, in momento di epidemia, viene occupato un terreno per eseguire le inumazioni o per istabilirvi un ospedale d'isolamento. I privati non possono opporsi a tali provvedimenti; però sarebbe leso ogni loro diritto se non venissero risarciti del danno. A *fortiori* poi se il provvedimento sia illegittimo, o se nell'attuarlo si commetta eccesso di potere.

Ma è un errore l'affermare che sol perchè il sindaco proceda come uffiziale del Governo, per ciò stesso non impegni la responsabilità del Comune, oltre quella propria, nei casi in cui il procedimento sia illegittimo o esercitato con eccesso di potere. Chi sarebbe responsabile altrimenti? Forse lo Stato? No, la responsabilità ricade sempre sull'ente Comune, perchè i provvedimenti della specie di quelli di cui parliamo sono emanati in vantaggio degli amministrati ed il danno debb'essere risarcito dall'ente che li rappresenta.

16. Può allegarsi lesione di diritto dai proprietarii i cui fabbricati vengano a subire danno per effetto di nuovi livellamenti di strade comunali?

La giurisprudenza ha risposto affermativamente (1), e noi vi aderiamo, accogliendo però quei giusti ed equi temperamenti coi quali dev'essere liquidato l'indennizzo.

Non bisogna obliare che nella ipotesi della quale discorriamo il danno si verifica per una necessità di cose che esclude il delitto o il quasi delitto, non è conseguenza di fatto doloso o colposo. Agendo nell'interesse generale, anche in maniera conforme alle leggi ed ai regolamenti, si può recar danno ai privati, e quando questo danno è risarcibile (perchè

(1) Roma, 1° luglio 1882 (*Legge*. 1883, 1, 304); Palermo, 17 marzo 1882 (*Giur. It.*, 1882, 413); Roma, 29 dicembre 1883 (*Foro It.*, 1884, 1, 370); Bologna, 5 luglio 1884 (*Giur. It.*, 1884, 465).

Digitized by Google

sarebbe ingiusto il non risarcirlo), l'autorità giudiziaria deve cercare di conciliare l'interesse della collettività con quello dei singoli, mentre il danno derivante da delitto o quasi delitto debb'essere risarcito nella sua interezza, anche se la colpa fosse lievissima. Di conseguenza, mentre è stato riconosciuto il diritto all'indennizzo in favore dei proprietarii di edifizii nel caso di nuovi livellamenti di strade, si è tenuto conto con ragione che mentre il danno emergente debb'essere risarcito perchè ogni proprietario deve mettere il suo fabbricato in armonia col nuovo livello della strada, dall'altra parte, riguardo al lucro cessante, bisogna tener conto dei vantaggi che per la nuova opera comunale vengano a risentire i fabbricati limitrofi alle strade. La misura del risarcimento debb'essere equa, riferibile sempre ai danni immediati e diretti e non a quelli futuri ed incerti (1).

16 *bis*. La legge del 1903 sulla municipalizzazione dei pubblici servizii ha dato occasione ad una controversia assai grave in tema di risarcimento di danno. I Comuni che assumono direttamente e con privativa uno dei pubblici servizii indicati all'articolo 1° della legge predetta o qualche altro che nell'interesse generale credano di dovere assumere, sono responsabili di fronte alle imprese private che prima esercitavano quel dato servizio, senz'alcun precedente rapporto giuridico coi Comuni medesimi?

Il Comune di Bologna assume il servizio delle affissioni; quello di Roma il servizio dei trasporti funebri; l'uno e l'altro vengono convenuti in giudizio dalle relative imprese per risarcimento di danno. Il tribunale di Bologna, respinte le eccezioni riguardanti la legittimità dell'atto amministrativo, rigettò la domanda di risarcimento (2); invece quello di Roma l'accolse (3).

Osservò il tribunale di Bologna non essere il caso di parlare di delitto o quasi delitto, perchè non commette fatto illecito il Comune il quale si giova di una facoltà

(1) V. le decisioni sopra citate.
(2) Sentenza 14 giugno 1907 (*F. It.*. 1907, 1, 1026).
(3) Sentenza 27 luglio 1907 (*F. It.*. 1907, 1, 1536).

Digitized by Google

concessagli dalla legge; eppoi tra il Comune di Bologna e l'impresa attrice nessun vincolo giuridico era esistito sotto forma di concessione, tale non potendo ritenersi la facoltà di affiggere alle pareti degli edificii comunali, non costituendo alcun diritto irrevocabilmente quesito tali autorizzazioni, revocabili ad *nutum*. Il Comune monopolizzando le affissioni, si prevalse di una facoltà concessagli dalla legge, e del resto ben cognita all'Impresa; e non avendo vincoli contrattuali di sorta, nè versando in colpa, non può essere costretto a risarcire danno qualsiasi all'impresa stessa, neppure sotto l'aspetto dell'avviamento dell'esercizio e della clientela, o di lucri eventuali derivabili da contratti conclusi con privati, costituenti questi, nei suoi rapporti, *res inter alios actae;* poichè in entrambi i casi si tratta pur sempre di speranze non suscettibili di risarcimento, o tutto al più di lesioni di semplici interessi non tutelati dall'azione giudiziaria » (1).

Il tribunale di Roma comincia dal riconoscere che il Comune, valendosi delle facoltà concessegli dalla legge del 1903, « ha compiuto un atto legittimo, il quale però venne a sopprimere i diritti di proprietà industriale costantemente riconosciuti al Ravessi (l'esercente il servizio dei trasporti funebri) nel corso delle lunghe, precedenti contese giudiziarie ». Ed avendo ravvisato un *diritto di proprietà soppresso*, il tribunale va in cerca del principio in base al quale si debba ammettere il risarcimento del danno in favore della ditta reclamante. Il Comune oppone che il diritto all'esercizio di una industria non può costituire mai un diritto quesito di fronte alla legge; ma il tribunale replica che « tale argomentazione perde ogni suo valore allorquando si usa per combattere la domanda di un'indennità, la quale, non costituisce l'equivalente del diritto astratto all'esercizio dell'industria venuta a mancare per effetto della legge, ma del diritto concreto e privato di proprietà soppresso dall'atto amministrativo ».

E muovendo da un tale falso presupposto che vi fosse

(1) La sentenza è annotata dal prof. Umberto Borsi, che aderisce al principio ritenuto dal Tribunale di Bologna.

Digitized by Google

un diritto di proprietà leso, o meglio soppresso, e nessun argomento potendo trarre dalla legge sulla municipalizzazione dei pubblici servizi, ricorre ai principii generali del diritto. E trova che l'effetto di tale municipalizzazione ad altro non si riduce che ad una specie di espropriazione per pubblica utilità, e per cui, secondo la teoria (che è anche la nostra), la pubblica amministrazione deve risarcire il danno prodotto anche dall'esercizio di atti legittimi. Così i Comuni debbono risarcire il danno che recano con tale nuova forma di espropriazione.

Di che cosa s'è impossessato il Comune colla municipalizzazione del servizio dei trasporti funebri? « Certo, risponde il tribunale di Roma all'obbiezione fattasi, non s'è impadronito di alcuna cosa materiale spettante ad altri; ma non si può negare che egli, anche senza impossessarsene materialmente, si sia in realtà appropriato tutta la ricchezza costituita dall'esercizio dell'industria. Per giustificare un tal fatto, che si risolve in una spogliazione legittima del privato, si adduce qui, come nel caso di espropriazione per pubblica utilità, la necessità di sottomettere ogni interesse particolare all'interesse generale, rappresentato dallo Stato o dagli altri enti pubblici ». Ma noi non seguiremo quel collegio nelle sue divagazioni in cerca del principio sul quale assidere l'azione di risarcimento; e diciamo soltanto di non comprendere quella tale appropriazione di tutta la ricchezza costituita dall'industria municipalizzata. — Dov'era la ricchezza? — Qui non siamo nel campo dell'economia politica, ma in quello del diritto, e cel dice il tribunale medesimo quando ci avverte che la chiesta indennità non costituisce l'equivalente del diritto astratto all'esercizio dell'industria venuta a mancare per effetto della legge, ma del diritto concreto e privato di proprietà soppresso dall'atto amministrativo. Dunque è stato violato un diritto di proprietà? E quale sarebbe questo diritto? — Ecco il punto che avrebbe dovuto approfondire il tribunale, e su cui fu così laconico!

16 *ter*. Il diritto ad esercitare qualsiasi industria, nel significato più ampio che a questa parola possiamo dare,

Digitized by Google

appartiene a tutti; ma tale diritto trova dei limiti nella legge. E la potenza della legge è tale, che per riguardi di pubblico interesse, può permettere allo Stato od ai Comuni che avochino a sè l'esercizio di ciò che prima formava una vera e propria *industria*, e poscia forma un *pubblico servizio*, perchè solo a questo titolo si giustifica quella specie di assorbimento della privata attività, e che talvolta arriva ad un grado estremo, che è rappresentato dalla privativa, dal monopolio.

E restando nei termini della quistione, contemplando soltanto la municipalizzazione dei servizi indicati all'art. 1° della legge del 1903, domandiamo: quale diritto di proprietà possa mai violare un Comune che municipalizzi il servizio dei trasporti funebri? — Nessuno; gli esercenti quella industria dovevano conoscere che la facoltà generica di esercitarla era subordinata alla volontà dell'amministrazione comunale di esercitare una facoltà riconosciuta dalla legge: che, di fronte a questa legge non si possono concepire da parte di nessuna impresa diritti *irrevocabilmente quesiti*. Quando un tal presupposto manca, nulla havvi da risarcire; non può parlarsi di obbietto, di diritto, se il diritto stesso non esiste.

Diciamo che non esiste il *diritto* di continuare la privata impresa di fronte ad una legge che ne renda sempre precario l'esercizio, e questo punto è stato ben chiarito dall'egregio professore Borsi, il quale ha ancora annotata la sentenza del tribunale di Roma con una pregevole monografia (1). « Quando un Comune, scrive il predetto autore, riconosce veramente diretto alla soddisfazione di un interesse collettivo che esige le sue cure qualche ordine di protezioni a cui prima si erano liberamente dedicate, per loro lucro, private imprese, cessa (o dovrebbe cessare), in quelle prestazioni il carattere di servizio pubblico, poichè il servizio pubblico è tale non solo soggettivamente, ma anche oggettivamente. Orbene, se il Comune si limita ad ammettere come servizio pubblico un certo ordine di prestazioni, assumendone direttamente l'esercizio, o affidando questo ad uno o più concessionari, sempre però senza

(1) V. *F. It.*, loc. cit.

Digitized by Google

attuare le privative accordategli dalla legge, allora le libere imprese private possono continuare nella loro attività, ma non perchè abbiano il *diritto* di esercitare anch'esse il nuovo servizio, ma perchè il Comune, non usando della facoltà di monopolio attribuitagli, semplicemente le tollera. E perchè non hanno esse un vero diritto? Perchè è principio generale che il diritto di gerire i pubblici servizi non appartiene ai privati, ma soltanto agli enti pubblici; principio che, fra altro, trova conferma nella prevalentissima opinione che non possa il privato esperire l'*actio negotiorum gestorum* contraria verso la pubblica amministrazione, sopratutto perchè dal complessivo ordinamento della medesima sembra emergere quella *prohibitio domini* che esclude l'esercizio dell'azione; al conseguimento di ogni intento che l'Amministrazione abbia ritenuto necessario od opportuno di proporsi, trovandosi normalmente addetti, ad esclusione di ogni altro, pubblici organi ».

17. La teoria che distingue la doppia personalità dello Stato, quella politica e quella civile, è contrastata dal Chironi. Egli riconosce che tale teoria è stata seguìta da parecchi scrittori tedeschi (1), dal Codice civile germanico (§§ 31 e 89) e da scrittori francesi e italiani; ed osserva che tuttavia non sono mancati scrittori i quali abbiano dubitato della distinzione, come il Gabba. Esponendo la teoria del Bonasi, che ammette la distinzione nel fine della responsabilità dello Stato, osserva (2) che quando questo *contrae*, per ciò stesso non può dirsi che figuri come persona privata, come persona giuridica qualunque; nulla cangia, egli dice, dell' entità giuridico-sociale che gli viene dal fine della sua attività, perchè non fa che assicurare alla società le condizioni di esistenza e di benessere. Ma, secondo Bonasi, lo Stato, oltre l'adempimento dei fini sociali che la sua missione gl'impone, « assume anche altri ufficii secondarii e subordinati, aventi carattere di mezzi pel conseguimento dei fini stessi ». A questo modo, secondo il Chironi, appare tutta l'indetermi-

(1) V. gli scrittori citati in nota al § 237 della *Colpa extr.*
(2) V. op. cit., n. 238 e segg.

Digitized by Google

natezza della dottrina del Bonasi, perchè gli atti nei quali si vorrebbe sempre la personalità civile dello Stato appariscono semplicemente come mezzi per conseguire i fini della persona politica; e si ha questo che lo Stato opera qual persona politica riguardo al *fine* e non riguardo all'*azione* volta ad ottenerlo — insomma, sarebbe e non sarebbe nel tempo stesso persona politica, il che è contradditorio, perchè se persona politica è rispetto al fine, persona politica deve essere rispetto ai mezzi.

Nè vale, soggiunge il Chironi, l'attribuire il carattere di *utili* anzichè di *necessari* ai mezzi, perchè se necessario è il fine, necessari altresì debbono essere i mezzi; oltrechè poi sarebbe imprudente di abbandonare al magistrato l'apprezzamento sul carattere dei mezzi, se utili o necessari. Ma perchè, egli domanda, una distinzione tra la responsabilità politica e quella civile, da una parte *apparisce teoricamente netta*, e, d'altra parte, la *sostanza è in contrasto grave con l'apparenza?* (1). Basta il *contrasto* perchè si dica avere lo Stato veste soltanto civile? Ciò a nulla monta, perchè il fine che muove lo Stato ad agire contrattando è di provvedere al maggiore interesse degli amministrati, ed il *contratto* è mezzo a tal fine. Ed allora, il solo argomento della forma esteriore degli atti per cui lo Stato esercita l'alta ragione di sua necessaria esistenza basterà a giudicare che esso eserciti non questa, ma un'altra funzione meno necessaria? Se ciò fosse vero, dice il Chironi, la forma contraddirebbe alla sostanza (2).

18. Così il predetto scrittore ha creduto di addurre nuove difese in favore della costruzione da lui proposta nel trattato sulla colpa contrattuale; e tali difese si riassumono in nuove critiche contro la teoria che distingue la funzione politica da quella giuridica, riguardo alla responsabilità dello Stato per gli atti illeciti dei suoi funzionari. Ma parci che gli addotti argomenti non riescano allo scopo che l'autore si è prefisso.

---

(1) Op. cit., n. 242.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

La distinzione è teoricamente esatta, e lo stesso scrittore ne conviene, come abbiamo veduto. Ora non si comprende come ciò che sia teoricamente esatto cessi di essere tale quando se ne voglia fare applicazione alla responsabilità dello Stato. Si dice che i mezzi non possono avere una natura diversa dal fine; ma qui appunto sta l'errore. Partecipare alla stessa natura del fine altro non può significare se non questo, cioè, che il mezzo sia adeguato al fine, che sia quale dal fine è necessariamente richiesto. E lo Stato, quale persona politica, per esercitare il suo potere sovrano, ha bisogno di estrinsecare la sua attività come la estrinsecano i privati pei fini della loro personalità. Lo Stato *contratta,* è costretto di giovarsi di organi, di agenti, e quindi di locatori d'opera, di preposti, ecc. Perchè l'esplicamento di tale attività non andrebbe soggetto al diritto comune? Quale identità di natura si voglia trovare, p. e., tra la funzione dell'esercito ed i contratti che lo Stato stipula per gl'indumenti dei soldati, per le armi, le munizioni, ecc.? Ovvero, tra l'amministrazione della giustizia e gli stipendi dei giudici? E così di tutti gli altri mezzi, che sono necessari all'esplicamento del potere sovrano, del potere politico: e l'argomento del Chironi si riduce ad una mera sottigliezza e nulla più, e vengono meno tutte le argomentazioni *ab absurdo* che ne sono una conseguenza (1).

19. Giorgi, dopo di avere esaminato parecchie specie decise dalla giurisprudenza, nel difetto di un testo di legge, osserva che *scientificamente parlando,* nell'ipotesi di danno commesso dai pubblici funzionari per la tutela della salute pubblica, il danno dovrebbe essere ripartito tra coloro che in virtù dell'atto amministrativo e col sacrifizio dell'altrui proprietà sono scampati dal pericolo, per la stessa ragione che nel diritto marittimo il getto della merce per salvare il resto del carico è una perdita che si ripartisce fra tutti gl'interessati. « Ma parmi, egli dice, che nella mancanza di una legge la quale sancisca questa regola di assoluta giustizia si allontanino meno dal retto sentiero quelle

(1) Op. cit., n. 242 e segg.

Digitized by Google

sentenze che accordano l'indennità di quelle che la negano: perchè forza maggiore non può dirsi la disposizione di un profitto, nè essa si può giustificare se non applicando per analogia le disposizioni degli articoli 71 e seguenti della legge sulle espropriazioni per causa di pubblica utilità » (1).

Questo linguaggio rivela la perplessità dei concetti dell'autore. Allontanarsi più o meno dal retto sentiero vuol dire non essere sul retto sentiero. E perchè *scientificamente* il danno prodotto dall'esercizio dell'atto amministrativo dovrebbe ripartirsi tra coloro che abbiano risentito il vantaggio? Forse che la funzione dello Stato sarebbe quella di una società assicuratrice? Sarebbe un concetto troppo meschino e per nulla scientifico quello della ripartizione del danno secondo il vantaggio; ripugnerebbe ad ogni più elementare concetto della funzione odierna dello Stato. E senza perderci ad indagare se un decreto prefettizio costituisca un caso di forza maggiore o se si debbano applicare le disposizioni riguardanti l'espropriazione per pubblica utilità o altre disposizioni del Codice civile, uopo è ammettere che ogni qualvolta i diritti dei singoli debbano essere sagrificati al bene pubblico, il danno debb'essere risarcito, tenendo sempre conto del vantaggio che i danneggiati medesimi possano risentirne. Il principio sul quale poggia l'espropriazione per pubblica utilità può essere, se vuolsi, anche utilmente invocato. Se l'urgenza non ammette qualsiasi procedimento d'espropriazione, ciò non fa venir meno la regola dell'indennizzo.

20. Così cessar debbono tutte quelle infeconde discussioni sulla prevalenza dell'interesse pubblico e su ciò che ne pensarono i giureconsulti romani in un'epoca in cui il vero concetto della funzione dello Stato non esisteva. Il Giorgi, che, a proposito delle innovazioni fatte nelle pubbliche strade e nelle piazze con danno dei privati, mette a riscontro la scuola che nega e quella che ammette il diritto al risarcimento, delinea assai bene i concetti che informano la seconda. « La contraria scuola ricorre innanzi

(1) Op. cit., V, n. 183.

Digitized by Google

tutto alla equità naturale e alle più illuminate teoriche di giure pubblico interno; le quali se permettono all'interesse pubblico di vincere il diritto privato, vogliono per altro che gli aggravii siano ripartiti ugualmente fra tutti, e non consentono che uno solo soffra senza compenso per il bene di tutti. Invoca la legge sulla espropriazione per pubblica utilità e se non la trova applicabile esattamente, perchè contempla i danni inferiti direttamente e volontariamente con l'usurpazione dell'altrui proprietà, dice per altro che il principio animatore della legge deve per applicazione estensiva governare anche l'ipotesi degli altri danni. Noi ci arrendiamo a questa scuola » (1).

Dunque, *scientificamente*, non può ammettersi che il danno venga risarcito da coloro che direttamente se ne avvantaggiano, e questo falso principio debb'essere proscritto. E se argomento utile può trarsi dal principio informatore del risarcimento del danno cagionato a causa di pubblica utilità, nessun argomento può trarsi dal principio generale che informa l'articolo 1151 Codice civile, come abbiamo già fatto rilevare.

21. Vacchelli osserva che la formazione dello Stato democratico moderno ha portato come necessaria conseguenza il riconoscimento esplicito della libertà individuale, della libertà di coscienza, della proprietà. « Riconoscere diritti equivale ad obbligarsi di non lederli e violarli, e così si chiarì la necessità della responsabilità del governo e dell'amministrazione, di fronte ai diritti privati, e di porre un limite al diritto arbitrario ed assoluto che non conosce nè leggi, nè freni » (2). E lo stesso scrittore vuole anch'egli che si parli di responsabilità della pubblica amministrazione anzichè di responsabilità dello Stato, perchè quest'ultimo indica « un tutto astratto che non ha personalità giuridica propria », mentre la pubblica amministrazione inizia « un complesso di enti vari per natura e per attri-

(1) Op. cit., V, n. 185.

(2) *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*. Hoepli, 1902, pag. 35.

Digitized by Google

buti, ma materialmente determinati » (1). Ma non crediamo che possa verificarsi la confusione deplorata dall'autore.

L'esattezza di metodo è stata osservata dal Vacchelli, il quale crede con ragione che il tema della responsabilità della pubblica amministrazione non debba andar confuso con quello della responsabilità indiretta della medesima (2); e nota altresì che le legislazioni odierne si sono preoccupate più di provvedere alla responsabilità dei pubblici funzionarii, anzichè a quella della pubblica amministrazione per danni che può risentire il privato dall'esercizio delle pubbliche funzioni (3). Ed appena fatta la predetta osservazione, il Vacchelli enuncia un concetto aprioristico, il quale basterebbe per sè stesso a fare risparmiare la lettura della monografia dell'autore; perchè questi asserisce come una specie di principio evidente per sè stesso, che la pubblica amministrazione non possa essere mai direttamente responsabile senza che un testo di legge tale la dichiari. « Dall'assetto legislativo, egli dice, è però evidente, che fuori del caso in cui il fatto importi una responsabilità del pubblico ufficiale perchè abbia agito illegalmente, per gli atti legittimi imputabili alla pubblica amministrazione non vi può essere responsabilità domandata dalla legge se non quando la ragione di risarcimento sia dalla legge stessa preveduta, come s'ebbe a dire più sopra. E ciò perchè la responsabilità giuridica di diritto comune importa sempre nell'agente la condizione di un'azione fuori della sfera del diritto appartenente al soggetto operante; onde, semprechè l'amministrazione operi legalmente nei modi e nei termini prescritti dalla legge, non può dare danno giuridico per l'antico principio di diritto romano che dice *qui suo jure utitur nemini iniuriam facere videtur* » (4). Laonde, eliminata l'indagine sulla responsabilità civile della pubblica amministrazione per gli atti illegali, ed eliminata quella indiretta, cioè per l'operato dei funzionarii, resta la ricerca della

(1) Op. cit., pag. 42. V. anche pag. 95.
(2) Op. cit., pag. 56.
(3) Op. cit., pag. 77.
(4) Pag. 79 e seg.

Digitized by Google

responsabilità civile per gli atti legali del potere, per gli atti, cioè, che sono provenienti ed imputabili alla pubblica amministrazione (1) — indagine che l'autore trova nè *facile*, nè *piana* », che anzi è su di essa che sorgono le maggiori difficoltà, ed è appunto la sua proiezione, che negli altri casi di responsabilità, ordinariamente presi in considerazione, quella che renda estremamente difficile tutta la materia » (2).

Ma la pubblica amministrazione operando nei limiti delle proprie attribuzioni, e d'altra parte tenendo conto dei requisiti della responsabilità civile ordinaria, manca il requisito del *fatto illecito*, e da ciò la dottrina di taluni scrittori che ritiene la irresponsabilità dello Stato, come il Gabba (3), il Meucci (4), o di altri scrittori, come il Giorgi ed il Bonasi, i quali non propongono norme precise sulla responsabilità civile della pubblica amministrazione per fatti legittimi. I giuristi moderni quindi, nota il Vacchelli, si trovano tra un doppio ordine di argomenti; da una parte vedono insostenibile la responsabilità di diritto comune; dall'altra, vedono che sarebbe iniquo ed ingiusto applicare il principio propugnato dal Mantellini, cioè della quasi irresponsabilità dello Stato.

È possibile trovare fra tali due estremi una ragione di responsabilità civile della pubblica amministrazione fuori la cerchia del diritto comune? (5). Vacchelli trova che nella coscienza giuridica popolare havvi qualche principio latente, ma di una portata estesa; e questo principio è quello del vantaggio che tutti riceviamo dall'opera della pubblica amministrazione. Se tutti ne profittiamo, perchè l'aggravio dovrebb'essere sopportato da un solo? L'argomento è *validissimo*, dice il Vacchelli, ma non ha affatto le sue radici nella responsabilità civile ordinaria di diritto privato; sarebbe « un principio di giustizia distributiva,

(1) Pag. 97.
(2) Loc. cit.
(3) *Quist. di D. C.*, Torino.
(4) *Ist. di D. A.*, vol. I.
(5) Pag. 104.

Digitized by Google

determinato dalle ragioni della convivenza sociale, il quale, quando venisse applicato su larga scala, porterebbe conseguenze affatto opposte a quelle che risultano dai principii fondamentali del diritto privato » (1).

In base a tal principio, la responsabilità della pubblica amministrazione, per ragioni di equilibrio, indipendentemente dalla condizione dell'operante, e quindi la spesa del danno compensabile allargasi indefinitamente, perchè vien meno la distinzione tra *damnum jure datum* e *damnum iniuria datum.*

22. Respinge la distinzione fra atti d'impero e di gestione, destinata a generare confusione ed a far negare la responsabilità civile propria della pubblica amministrazione. In base a questa distinzione, osserva il Vacchelli, si negò la responsabilità dello Stato pei depositi fatti presso i cancellieri — « responsabilità che in altri paesi, da noi spesso riguardati come despotici ed autoritarii, non è memmeno messa in dubbio, giacchè si ritiene che essa riguardi un rapporto meramente civile » (2). E parlando della confusione che verificossi nella patria giurisprudenza, osserva che si è andati a tentone, scegliendo ora un criterio, ora l'altro, a seconda che sembrava più opportuno; « si è assimilata la responsabilità dell'amministrazione alle contrattuali allorchè contratto non vi era nei termini giuridici; la si è paragonata a quella per fatto dell'uomo, quando mancava il substrato del fatto illecito; si sono considerati a vicenda atti di gestione e d'imperio, atti che contenevano elementi di discrezionalità amministrativa, e non erano a confondersi nè cogli uni nè cogli altri, ed infine si sono persino adottati i principii della forza maggiore e del caso fortuito » (3). E l'autore, dopo di avere ciò osservato, viene a questa conclusione del suo esame analitico: « sussiste nella coscienza giuridica moderna il principio generale che il danno recato dalla pubblica amministrazione al cittadino deve essere compen-

(1) Pag. 106.
(2) Pag. 112.
(3) Pag. 112.

Digitized by Google

sato » (1); del quale principio l'applicazione completa e sistematica si ha nell'espropriazione per causa di pubblica utilità. La limitazione del diritto privato di fronte al pubblico è la norma e la regola costante, ma la limitazione è fatta mercè compenso. Ora tale principio debb'essere generalizzato anche pei casi in cui « la legge non istabilisca una responsabilità della pubblica amministrazione, e sono ciò non di meno presenti alla coscienza giuridica ragioni di compenso pei danni ed i pregiudizi che il privato viene a sopportare. In questo ultimo ordine di casi non sono applicabili i principii della responsabilità civile di diritto comune, la giurisprudenza e la dottrina lo hanno cercato invano, e colle loro contraddizioni ed incertezze dimostrano l'esistenza di una lacuna nell'istituzione moderna » (2).

Il principio anzidetto di giustizia distributiva, nello stato attuale della coscienza giuridica, costituisce la ragione diretta ed indiretta della normale responsabilità della pubblica amministrazione, in coerenza alle finalità dello Stato odierno; così spiegasi come lo Stato possa concorrere a riparare i danni di guerra ed a lenire tanti altri mali derivanti da forza maggiore (3). In tutto questo, i civilisti inutilmente, dice l'autore, ricercherebbero l'applicazione delle norme comuni di responsabilità civile; la ragione di responsabilità è subordinata ai principii ordinarii; « ma si commisura e determina dipendentemente da criterii di giustizia distributiva » (4). Ma, come verrà applicato il principio di giustizia distributiva? Quali saranno questi criterii? L'autore non riesce a dare verun principio al quale informar si debbano i criterii anzidetti ». Questi alle volte dichiarano certi danni compensabili e altra volta no, e stabiliscono il risarcimento, non già in ragione di quanto è stato il danno, ma in ragione di quello che, per raggiungere lo scopo di equilibrio dallo Stato voluto, deve essere dato. Un'altra conseguenza che pure si origina da questa condizione di

(1) Pag. 115.
(2) Pag. 116.
(3) Pag. 120.
(4) Pag. 122.

Digitized by Google

essere della responsabilità dello Stato sta in ciò, che per la varietà delle ragioni, dei criterii, delle opportunità che governano la giustizia distributiva, riesce sommamente difficile, ed alle volte impossibile il determinare quando alla ragione di risarcire da parte dello Stato corrisponde un'azione civile giuridica del danneggiato, azione che non si fonda già sul diritto soggettivo privato, ma sul diritto oggettivo, che regola le funzioni della pubblica amministrazione, pur essendo per i suoi effetti d'indole puramente civile... Per la qual cosa mentre si è veduto antecedentemente che il criterio il quale forma la ragione della responsabilità dello Stato sarebbe per sua indole estensibile ad ogni sorta e qualità di danni, prescindendo dalla distinzione fra danni *jure* od *injure* dati che stabilisce il limite della responsabilità civile ordinaria, per altre ragioni esso viene a trovare diverse limitazioni nell'applicabilità del principio della giustizia distributiva. Questo infatti alle volte nega affatto il risarcimento, altre volte lo restringe di fronte alle conseguenze pratiche del danno sofferto, e finalmente vi sono casi in cui lo subordina ad una serie di considerazioni sull'opportunità, che *rendono impossibile lo stabilire una norma giuridica costante*, e quindi tanto meno il fondare un principio di azione riferibile al soggetto privato » (1).

23. Ed allora sorge spontanea la domanda: quale danno prodotto dalla pubblica amministrazione sarà risarcibile? Il Vacchelli cerca di procedere per via di eliminazione, e nel tempo stesso si sforza di affermare la regola, che nulla ha di giuridico. « Non ogni e qualunque danno è per sè stesso risarcibile, egli dice, ma è compensabile solo quello che importa un equilibrio nelle ragioni di giustizia distributiva, per le quali, tutti devono sopportare in misura eguale gli aggravi delle opere e delle cose compiute per comune utilità. La misura del risarcimento, o meglio, del compenso, sarà quindi data non dal materiale danno, ma dalla valutazione di quelle condizioni di equilibrio, e può essere anche minima, anche nulla, quando ciò non pertanto

(1) Pag. 124.

Digitized by Google

un danno materiale esista » (1). « Il principio della giustizia distributiva deve avere un limite pratico, una norma ed un limite di interessamento, un complesso di attriti, i quali ci dànno quella consistenza pratica, che si deve verificare nella meccanica sociale, allo stesso modo che nella vita fisica, ove con tutte le sollecitazioni sono abili e sufficienti a determinare il movimento » (2). « Quindi l'amministrazione secondo i principii della giustizia distributiva, risponde di quei danni derivati dai proprii atti, i quali nella comune coscienza e nella valutazione economica non rientrano nelle contingenze eventuali a cui le diverse forme di esplicazione della ricchezza sociale vanno normalmente soggette, e che quindi sono a considerarsi come elementi che influiscono a determinare il valore » (3). « Per la qual cosa si può ritenere che dove vi è coscienza di una ragione di giustizia distributiva, il danno recato dalla pubblica amministrazione cessa di essere un danno semplicemente materiale, e dà origine e causa ad un compenso, il quale si commisura pur sempre non alla stregua del danno materiale o del danno civile, ma secondo quella norma già accennata, che discende dallo stesso criterio fondamentale della giustizia distributiva. Il vedere poi quale sia la misura di questa coscienza giuridica popolare, la quale per certe considerazioni ritiene importante all'equilibrio sociale che alcuni danni siano compensati e che alcuni altri invece non abbiano ragione di esserlo, costituisce un'indagine *puramente pratica* e *sociologica* » (4). Ma questo stesso principio astratto di giustizia distributiva, relativo e variabile per sè stesso, potrà rendersi del tutto inapplicabile per ragioni politiche e sociologiche ». Ed infatti, confessa l'autore, a seconda che prevalgono in dato momento storico criterii individualisti o socialisti, a seconda che la funzione sociale della ricchezza è più o meno sviluppata, anche la responsabilità propria della pubblica amministrazione deve modificarsi. Ed è questa

(1) Pag. 161.
(2) Pag. 162.
(3) Pag. 165.
(4) Loc. cit.

Digitized by Google

certo la non ultima ragione per la quale, pur non mancando, come si vide, nè *principio fondamentale,* nè *limiti specifici,* sufficienti per costruire un sistema giuridico e costituzionale, praticamente ciò non ha potuto verificarsi; onde la grande incertezza che regna in proposito, e la tendenza costante dei governi e delle amministrazioni a provvedere con ripieghi momentanei, schivando così di pronunciarsi sul difficile argomento, e di creare precedenti che non si sa come verrebbero interpretati » (1).

24. Ma, dopo tutto questo, quale sarà il principio fondamentale in materia di responsabilità della pubblica amministrazione quando non sia applicabile il diritto comune relativo al danno commesso per fatto non illecito? Questa indagine *puramente pratica* e *sociologica* alla stregua di quale principio giuridico verrà fatta? Si rimproverino pure i civilisti che vanno in cerca della norma giuridica; ma il principio fondamentale dev'esserci; senza di che è inutile invocare la sociologia o la pratica. Il principio fondamentale dev'essere essenzialmente giuridico, perchè dev'essere applicato dai giudici, i quali non sono chiamati a fare indagini sociologiche, ma a dichiarare il diritto ed a pronunziare condanne o assoluzioni in tema di risarcimento di danno. Chi valuterà le *condizioni di equilibrio?* Chi applicherà il *principio di giustizia distributiva?* Quale sarà il *limite pratico?* E sopratutto quale sarà la *norma d'interessamento?* Da chi e con quale *norma* sarà valutata la *comune coscienza* in ordine al risarcimento del danno? E come mai potremmo accettare a base della responsabilità della pubblica amministrazione un principio astratto di giustizia distributiva, che abbia una ragione *relativa* e *variabile,* che possa permettere venga modificata la responsabilità a seconda della prevalenza dei criterii individualisti o socialisti, a seconda dello sviluppo della ricchezza sociale?

Lo ripetiamo, in tema di responsabilità, non potendo applicare il diritto comune, bisogna ricorrere a qualche principio essenzialmente giuridico, al quale debbono fare

(1) Pag. 166.

Digitized by Google

omaggio la pubblica amministrazione e le autorità giudiziarie che siano chiamate ad applicarlo. Ora, col sistema del Vacchelli, è chiaro che a tale meta desiderata non si pervenga. Egli ha il merito di avere assai bene posto il quesito, e di avere respinto il preteso principio della irresponsabilità della pubblica amministrazione pel danno prodotto da fatti non illeciti; ma uopo è riconoscere che lungi dall'affermare il principio di responsabilità come un canone giuridico, lo affermi come un postulato sociologico, come una integrazione, abbandonata non si sa a quale potere, e di certo non abbandonata all'apprezzamento dell'autorità giudiziaria, che non avrebbe nè missione, nè potestà a ciò fare.

Si propone l'egregio autore di vedere « fino a qual punto la ragione civile di responsabilità possa dare seguito ad un'azione personificata nell'oggetto che ha sofferto il danno, di fronte all'ente amministrativo a cui direttamente o indirettamente viene ad imputarsi » (1); e questa, in verità, è la meta ultima dell'indagine, ed alla quale l'autore perviene con risultato per nulla soddisfacente.

Nientemeno è costretto di risalire alla nozione della azione, ed è costretto altresì ad alterare tale nozione da venire alla conseguenza che si possa avere il diritto senza avere l'azione, e che il diritto al risarcimento del danno contro la pubblica amministrazione non implichi di necessità la relativa azione per farlo valere. Dalla definizione romana dell'azione trae la conseguenza (pur troppo erronea), « che possa sussistere un diritto senza azione, poichè il fatto della procedibilità in giudizio non è l'elemento costitutivo del rapporto giuridico, ma soltanto una fase ed uno sviluppo del diritto stesso, che arriva alla condizione di potersi far valere in giudizio » (2). E segue: « L'azione è un diritto indipendente dal suo contenuto e determinato da speciali ragioni, che lo rendono necessario nella meccanica dei rapporti giuridici e nell'ordinamento della vita sociale: l'interesse privato è sempre guarentito da azione, perchè l'azione

(1) Pag. 174.
(2) Pag. 174.

Digitized by Google

s'intende generalmente necessaria a difenderlo; ma non vi è necessità che questa si appunti sempre in una facoltà specifica, in un diritto individuale » (1). E ancora: « L'azione è un diritto a sè, determinato da speciali ragioni di opportunità nell'ordinamento giuridico sociale, ed indipendente dalla natura, dall'estensione e dalle condizioni di personificazioni del diritto che difende... Nel diritto privato, cioè nei rapporti degli individui fra di loro, l'azione è considerata siccome una guarentigia di generale necessità, e però vale nel diritto moderno la regola che ad ogni diritto corrisponda un'azione, mentre altrettanto non avviene quando l'individuo si trova di fronte alla pubblica amministrazione, ove l'azione non è una guarentigia comune che difende il rapporto giuridico, ma ad essa si fa luogo solo in certi determinati casi (2).

La conclusione di tutto il discorso si è che il privato non abbia azione contro la pubblica amministrazione. « In conseguenza di questa circostanza, si è ritenuto e si ritiene generalmente, anche negli ordinamenti liberi e democratici, che la pubblica amministrazione deve per sè stessa provvedere a guarentire e difendere gl'interessi privati, a riconoscerli ed accordarli col bene pubblico, e perciò vien meno la ragione di istituire per essi una guarentigia specifica, e cioè di fornirli di un'azione personificata nel singolo, promovibile avanti tribunale o ad un qualsiasi corpo giudicante » (3)... E così l'egregio autore spende ancora parecchie pagine, cercando di persuadere il lettore dell'esattezza della sua teoria; ma noi, pur ammirando cotali sforzi, confessiamo che poche teoriche riescano a conseguenze così disastrose quanto quella della quale ci siamo occupati (4).

---

(1) Pag. 176.

(2) Pag. 177.

(3) Pag. 179.

(4) Non possiamo lasciare inosservate talune stranissime affermazioni del Vacchelli. Egli che aveva respinto la teorica della doppia personalità dello Stato, ammette l'azione contro la pubblica amministrazione « quando questa assume veste privata e pone in essere un rapporto di puro diritto privato »; ma in questi casi « l'azione non è già una difesa del diritto, la quale spiega un'energia coattiva contro chi l'ha vietato; ma è soltanto un mezzo di dichiarazione del diritto controverso », pag. 179. Quante vacuità!

Digitized by Google

25. Se adunque la responsabilità della pubblica amministrazione non può desumersi dalla distinzione tra gli atti d'impero e quelli di gestione; se è principio generale che la *lesione* del diritto dev'essere riparata, nessuna plausibile ragione havvi per riconoscere una posizione privilegiata all'amministrazione suddetta. La regola dell'indennizzo nell'espropriazione per pubblica utilità rappresenta il riconoscimento di un principio, qual'è quello per cui il diritto di proprietà del cittadino, se deve cedere al bene pubblico, non dev'essere a questo sagrificato. Se non vi fosse l'indennizzo, l'azione dello Stato costituirebbe la più aperta violazione di quel diritto. Ma da tale principio bisogna assorgere ad un altro di carattere universale, cioè che il patrimonio del cittadino non deve subire diminuzione alcuna pel danno che possa derivargli dall'esplicazione dell'attività dello Stato, sia che il danno si possa considerare come *injuria datum*, ovvero, anche non avendo tale carattere, possa essere la conseguenza dell'esplicamento normale di quell'attività. Certo, anche lo Stato è irresponsabile di fronte al caso fortuito o alla forza maggiore, come lo è il privato; ma se nè l'uno, nè l'altra concorre, il danno dev'essere risarcito, chè altrimenti vi sarebbe una vera *lesione* di diritto. E su tal punto osserviamo che allorquando trattasi di danno *injuria datum*, la *lesione* si verifica nel momento stesso in cui il danno venga consumato e perdura sino al risarcimento; non così quando è conseguenza del regolare, normale esplicamento della funzione pubblica, di qualunque specie essa si fosse. In questo caso, malgrado il danno, vera e propria lesione di diritto si ha allorquando l'amministrazione pubblica nega il risarcimento.

La distinzione predetta ha un'importanza teorica che non può negarsi, e si desume agevolmente dall'indole stessa della funzione dello Stato e dalle condizioni e circostanze diverse in mezzo alle quali l'attività viene svolta. Le necessità di carattere diverso, sotto l'impero delle quali essa si svolge, implicano spesso il pregiudizio dei privati, senza che si abbia la intenzione di ledere i loro diritti; può essere conseguenza necessaria del *jus imperii* nella sua attuazione. Tale conseguenza, per quanto *legittima* e da doversi sop-

Digitized by Google

portare dal privato, deve essere riparata perchè nessun privato può essere costretto a cedere parte qualsiasi del suo patrimonio pel pubblico vantaggio senza indennizzo; questo negato, il diritto ne rimane leso. E questo diritto è sempre il medesimo: il diritto di proprietà.

26. Non possono avere alcun valore quindi tutti gli argomenti fin oggi addotti per negare l'obbligo della pubblica amministrazione al risarcimento verso il privato, il cui patrimonio abbia sofferto pregiudizio a causa anche del legittimo, regolare esercizio dell'attività dell'amministrazione medesima; e quando s'invocano gli articoli 1151 e 1152 del Codice civile, può dirsi che tal fiata siano bene invocati, ma tal altra non potrebbero esserlo che malamente. Quegli articoli sono sempre bene invocati, anzi non ve ne sono altri da applicare quando il danno venga commesso da privati, costoro non rispondendo che del danno *injuria datum*. Ma siccome la pubblica amministrazione può dar luogo a danno che quella qualifica non abbia (il che non è possibile per il privato), così la base della responsabilità civile dell'amministrazione suddetta non può essere costituita dagli articoli 1151 e 1152 soltanto, ma e da queste disposizioni e dal principio generale, di cui l'articolo 458 del Codice civile non adombra che un modo di attuazione.

È un principio di diritto pubblico quello che stabilisce l'articolo 458? A noi pare non se ne possa dubitare. A chi mediti sulla genesi della disposizione (art. 565 del Codice francese) non può apparire altrimenti. Nella relazione al Tribunato, Faure diceva: « Quando il pubblico vantaggio richiede che una proprietà sia ceduta, colui al quale la cosa appartiene non può negarvisi. Egli non pretenderà, senza dubbio, che il suo particolare interesse, anche supponendo che realmente esista, debba prevalere su quello dello Stato; tale prevenzione sarebbe in contraddizione manifesta col patto sociale (1), la cui obbligazione è talmente rigorosa che nessuno, sotto qualsiasi pretesto, potrebbe

(1) È il riflesso della dottrina del contratto sociale, ma che non influisce sull'assunto per cui la relazione del Faure è da noi citata.

Digitized by Google

dispensarsene. Dal momento che il proprietario al quale lo Stato domanda la proprietà riceve un'indennità proporzionata al sacrifizio che fa, dal momento che sia indennizzato prima di lasciarne il possesso, è egualmente soddisfatto ciò che l'individuo deve alla società e ciò che questa deve all'individuo » (1). E Portalis, nell'esposizione dei motivi: « Perchè lo Stato venga autorizzato a disporre della proprietà dei particolari non si richiede quella necessità rigorosa ed assoluta la quale accorda anche ai particolari un certo diritto sui beni altrui. Gravi motivi di pubblico interesse bastano perchè nell'intenzione ragionevolmente presunta di coloro che vivono in una società civile, è certo che ciascuno si è impegnato a render possibile con qualche sacrifizio personale ciò che è utile a tutti; ma il principio della indennità dovuta al cittadino la cui proprietà viene occupata è vero in tutti i casi e senza eccezione. I carichi dello Stato debbono essere sopportati egualmente e con una giusta proporzione. Ora, ogni eguaglianza, ogni proporzione sarebbe distrutta se un solo o alcuni potessero essere mai soggetti a far dei sacrifizii ai quali gli altri cittadini non contribuiscano » (2).

Da tale linguaggio s'intravvede assai chiaro come intendevasi affermare un principio di diritto pubblico, sotto la tutela del quale porre il diritto di proprietà dei singoli; affermazione importantissima se si ponga mente agli abusi dell'*ancien régime* su tale diritto, e contro i quali il nuovo principio suonava protesta eloquente. Si riparò quindi alla violazione più appariscente del diritto di proprietà da parte dello Stato; del pregiudizio patrimoniale, che sotto altra forma avrebbesi potuto consumare da parte dello Stato medesimo, nulla si disse, e non è a meravigliare, perchè appena appena allora era venuta a cessare quella confusione dei pubblici poteri che per lunga stagione era durata; e perchè il lavorìo scientifico sulla vera funzione dello Stato moderno può dirsi che nemmeno fosse stato cominciato.

---

(1) Sed. 30 vent., XII.
(2) Sed. 26 vent., XII.

Digitized by Google

E ciò è tanto vero che la dottrina sulla responsabilità civile della pubblica amministrazione andò più tardi affermandosi in base alla distinzione tra la funzione politica e quella giuridica di essa amministrazione, sulla quale dottrina tuttora s'insiste da scrittori di diritto pubblico e di diritto privato, e non solo in Francia, ma anche in altri paesi compreso il nostro.

27. Ma, come abbiamo detto, il principio di diritto pubblico veniva affermato in contemplazione di uno dei diversi modi coi quali il diritto di proprietà era stato vulnerato nell'*ancien régime*. Ora, se la scienza odierna s'impossessa di quel principio ed assorge ad un ordine d'idee universale, non avrà trovato il principio generale per cui il patrimonio del cittadino non deve risentire pregiudizio dall'opera dello Stato anche legittimamente esplicata? Se responsabile è lo Stato quando mi toglie un lembo del mio predio pel pubblico vantaggio, perchè nol sarà parimenti quando, per lo stesso fine, mi reca danno in qualsiasi altro modo? Quale analogia più perfetta, o, a dir meglio, quale applicazione più razionale, più giusta, più plausibile dello stesso principio?

Manca, si dice, una designazione di diritto pubblico, e quindi libertà all'interprete di pensare come meglio creda. Ma, dopo quanto abbiamo detto, ciascuno può fare il vero apprezzamento di quella obbiezione. Il difetto, quand'anche vi fosse, di una espressa disposizione di legge, sulla responsabilità della pubblica amministrazione nel caso di danno cagionato dal regolare funzionamento della medesima, non autorizza l'interprete a creare teorie a suo piacimento. La teoria deve trovare il suo sostrato o in disposizioni che contemplino casi di responsabilità, ovvero in quei principii generali di diritto ai quali lo stesso legislatore ci obbliga di ricorrere, nel difetto di una precisa disposizione di legge. E, nella specie, ben puossi invocare il principio che informa l'articolo 458 del Codice civile, e ben possono essere invocati anche i detti principii generali, che suffragano quello su cui poggia il risarcimento del danno al patrimonio del privato.

Digitized by Google

28. Posta e risoluta nei termini predetti la quistione della responsabilità della pubblica amministrazione, appare infondata l'obbiezione di essere *insufficiente* la teoria classica sul danno *injuria datum*, alla quale s'informa il Codice civile coi suoi articoli 1151 e 1152 e con quelli che seguono. La teoria resta tale qual è, perchè contempla una categoria di fatti dannosi ben diversi da quelli che abbiamo contemplati; essa si applicherà sempre ai fatti dannosi consumati coll'intenzione di nuocere, ovvero per negligenza o imprudenza; in altri termini, ai delitti ed ai quasi delitti. Gli articoli 1151 e 1152 proclamano un principio di una universalità tale che nessun danneggiatore può vantarsi di non esservi incluso; ed il farvi rientrare le *lesioni* di diritto commesse dalla pubblica amministrazione, il *damnum injuria datum* dalla medesima, deve ritenersi come la più razionale applicazione che la scienza giuridica e la giurisprudenza abbiano potuto fare di quel principio universale. Ed è strano che mentre il diritto romano fornisce esempi luminosi di avere assoggettato anche il fisco al diritto comune, quando pareva doverglisi riconoscere una posizione privilegiata, dopo tanti secoli si tentenni di applicare il grande principio della civile responsabilità allo Stato odierno!

Secondo il nostro avviso, sono da respingersi tutte quelle teorie odierne escogitate o per negare l'applicazione di quel principio, o per affermarlo in parte, a seconda della natura dell'atto amministrativo col quale si esplica la pubblica funzione dello Stato. E duolci di dovere insistere nel respingere più d'ogni altra la teoria del *rischio,* che abbiamo già esaminata, e che reputiamo la più perniciosa nelle sue conseguenze rispetto ai privati.

Digitized by Google

CAPITOLO XIV.

RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PEI FATTI ILLECITI DEI SUOI FUNZIONARII.

1. Nella dottrina francese si finì col riconoscere il principio che la responsabilità dello Stato pei fatti illeciti dei suoi funzionarii va retta dalle disposizioni del Codice civile (art. 1382, 1383 e 1384).
2. Difficoltà insorte nell'attuazione del principio.
3. Continua.
4. In quali termini dev'essere posta la indagine. Bisogna escludere la figura giuridica della locazione d'opera e quella del mandato.
5. E così la distinzione tra la personalità politica e quella civile dello Stato.
6. E così il concetto di rappresentanza asserito dal Chironi.
7. Continua.
8. Critica della teoria del Rannelletti poggiata sul concetto della rappresentanza.
9. Continua.
10. Esplicamento della patria giurisprudenza sulla responsabilità dei pubblici funzionarii.
11. Continua.
12. Continua.
13. La pubblica amministrazione sotto l'impero del diritto comune.
14. Continua. Danni commessi da guardie doganali e da guardie daziarie dei Comuni.
15. Continua.
16. Continua.
17. Continua.
18. Danni recati nelle esercitazioni militari.
19. Continua.
20. Danno cagionato da furti di corpo di reato o di cose sequestrate per ordine di giustizia.
21. Continua.
22. Danno recato per sottrazioni commesse da ufficiali postali e da ricevitori demaniali. Speciosa decisione della suprema Corte romana.
23. Responsabilità pei depositi fatti presso i regi consoli all'estero.
24. Entro quali limiti ha luogo la responsabilità dello Stato.
25. Non bisogna confondere i preposti coi semplici locatari d'opera.

1. È applicabile contro lo Stato, i Comuni, le Provincie e gli altri enti pubblici il principio di responsabilità stabilito nell'art. 1153 del Codice civile?

Digitized by Google

Nel diritto francese prevale la teorica per cui debb'essere applicabile la disposizione generale del Codice civile, che fa risalire al committente la responsabilità pel danno recato dai commessi nell'esercizio delle loro incombenze; ma tale teorica par che non sia stata accolta dal Consiglio di Stato, nè dal Tribunale dei conflitti (1), i quali hanno ritenuto non essere applicabile il diritto comune, ma doversi giudicare secondo le circostanze dei singoli casi. Ciò equivale, osserva il Sourdat, a negare la responsabilità dello Stato, perchè tale responsabilità verrebbe riconosciuta secondo che piacesse all'amministrazione stessa, non essendovi alcuna regola da doversi seguire. Nè è meno perniciosa la dottrina che vorrebbe applicare in certo modo la regola del mandato, e che il Consiglio di Stato qualche volta accolse (2), poichè a questo modo cesserebbe la responsabilità per tutto ciò che venisse operato al di là dei limiti della funzione dell'agente amministrativo. « I cittadini cesserebbero dunque di essere garantiti dallo Stato nei casi più gravi e più pregiudizievoli ai loro interessi! Come giustificare questa anomalia? Le regole del mandato civile non possono qui applicarsi perchè non havvi analogia. Quando io tratto col mandatario di un'altra persona, io sono libero di contrattare ovvero no; ho diritto di verificare i suoi poteri. Ma di fronte ad un funzionario pubblico, io sono disarmato; egli non permette, in generale, di discutere la sua autorità; i limiti delle sue attribuzioni non sono esattamente conosciuti dalla maggior parte dei cittadini, ed è facile che ad essi vengano imposti. La responsabilità dello Stato è la sola garentia efficace contro l'arbitrio e gli abusi. Essa si giustifica come quella di ogni committente, a causa dell'obbligo che incombe di bene scegliere i suoi preposti, di sorvegliarli e di dare loro ordini ed istruzioni » (3).

Non può negarsi l'esattezza di queste osservazioni; ed è notevole come in Francia l'applicazione del diritto comune

(1) V. le decisioni indicate dal SOURDAT, n. 1038, note 3 e 4.
(2) Cons. di Stato, 1° giugno 1854.
(3) SOURDAT, op. cit., n. 1308.

Digitized by Google

finì col trionfare. Ecco quanto leggiamo nell'opera del Sourdat: « La Corte di Cassazione ha proclamato in numerosi arresti che le regole stabilite dagli articoli 1382, 1383 e 1384 Codice civile, sono applicabili, senza eccezione, in tutti i casi in cui un fatto qualunque dell'uomo producesse danno altrui a causa della colpa del suo autore; che lo Stato, rappresentato nei diversi rami della pubblica amministrazione è passibile delle condanne per danno al quale la negligenza o l'imprudenza dei suoi agenti può dar luogo. Il Consiglio di Stato parecchie volte ha applicato, nei singoli casi, lo stesso principio, e gli scrittori lo riconoscono egualmente » (1).

2. Si ritiene quindi che lo Stato possa essere un committente, nè più nè meno come un privato, e quindi essere responsabile civilmente pel danno dei suoi preposti. La difficoltà consiste nel sapere quando possa essere riguardato come un committente. Laurent (2) deplora che la dottrina siasi poco occupata dell'argomento, e da ciò le incertezze nella giurisprudenza.

Gl'impiegati, i funzionarii dello Stato quando possono ritenersi come veri preposti e quindi essere lo Stato medesimo responsabile? Quando agiscono per conto e nell'interesse dello Stato, come ogni preposto nelle relazioni private; ed il predetto scrittore adduce come esempi i fattorini telegrafici e le persone addette a monopolii industriali. In tali casi, lo Stato sceglie i suoi agenti; se faccia

---

(1) Op. cit., n. 1303. V. le numerose decisioni tanto della Suprema Corte, come del Consiglio di Stato citate in nota. In quanto agli autori sono citati: MANGIN, *Trattato dei proc. verb.*, p. 73; COTELLE, *Corso di dir. amm.*, 3ª ediz., II, p. 40 e seg.; PARDESSUS, *Dir. comm.*, VI, 37; DUMENSIL, *Trattato della legislaz. del tesoro pubbl.;* DALLOZ, *Rép.*, v. *faute*, e *Giur. gen.*, v. *Respons.*, n. 252, e *Suppl.*, n. 399 e segg.; LAROMBIÈRE, *Oblig.*, V, n. 1030; DEMOLOMBE, VIII, n. 637; AUBRY e RAU, § 447, nota 16; BAUDRY-LACANTINERIE, *Princ.*, II, n. 1292 e *Locaz.*, n. 1315; LAURENT, XX, n. 419 e seg.; MICHAUD, *Della resp. dello Stato;* MUTEAU, *Della resp. civile — passim.*

(2) Op. cit., XX, n. 590 e segg.

Digitized by Google

cattiva scelta, ne risponderà come un privato qualsiasi. Ma sonvi dei servizii pubblici che lo Stato organizza e dirige senza che per ciò stesso assuma la qualità di committente. L'amministrazione della giustizia e l'insegnamento sono servizii pubblici; però i giudici e gl'insegnanti non sono preposti e lo Stato non è committente, perchè non è desso che giudica o insegna per le intermediarie persone dei suoi funzionarii. Costoro, dal momento che sono nominati, esercitano le loro funzioni non come preposti ai quali il committente dia i suoi ordini, ma come organi della sovranità nazionale (1).

E lo stesso scrittore respinge la distinzione fatta da alcuni tribunali del Belgio tra l'ipotesi in cui lo Stato agisca come persona politica e quella in cui agisca come persona civile, per dedurne che gli atti compiuti dagli agenti governativi, nella prima ipotesi, sfuggono all'applicazione della legge civile. Anche in tal caso, insegna l'illustre scrittore, lo Stato è responsabile. Quando organizza il servizio delle poste non agisce come persona giuridica, eppure è civilmente responsabile per l'operato dei suoi agenti. La teoria è quindi troppo restrittiva e come tale non può accettarsi; come non può accettarsi la teoria desunta dal vantaggio, dal benefizio che, nell'ordine privato, ricava ciascun committente dall'opera del preposto, perchè lo Stato, come organo sociale, agisce nell'interesse sociale; la società ne risente il benefizio e dovrebbe quindi sopportare le conseguenze della responsabilità dello Stato (2).

3. Larombière (3) vorrebbe esclusi gli *atti di governo propriamente detti;* ma resta sempre a sapere, dice il Laurent, quali siano tali atti per cui lo Stato non sia responsabile a titolo di committente; e la conchiusione di quest'ultimo scrittore è degna di nota: « Bisogna attenerci al testo dell'articolo 1384. Lo Stato è committente nei casi in cui lo sia un privato e sotto le stesse condizioni. Si applicano

(1) LAURENT, op. cit., XX, n. 593.
(2) Loc. cit.
(3) Op. cit. art. 1384, n. 15.

Digitized by Google

dunque allo Stato le condizioni richieste perchè possa esservi un committente ed un preposto, giusta quanto abbiamo detto (n. 571 e seg.). L'applicazione non è senza difficoltà anche quando trattasi di privati; per lo Stato havvi una difficoltà speciale. Esso è committente quando agisca per mezzo di agenti intermediarii; non è committente quando il funzionario agisca non come preposto o strumento dello Stato, ma di propria iniziativa, come esercente la missione sociale che gli è delegata. Spetta al giudice di apprezzare, in ogni singolo caso, se le idee di committente e di preposto possano applicarsi ai rapporti dello Stato e del funzionario; la quistione è di fatto piuttosto che di diritto » (1).

È agevole osservare che a tale stregua, tranne i funzionarii che esercitano giurisdizione, tutti gli agenti della pubblica amministrazione non siano che preposti dello Stato. Il potere esecutivo esplica la sua azione per mezzo dei suoi agenti; costoro non sono che strumenti di esso ed ai quali vengono affidate determinate mansioni o incombenze. Il giudice non ha che apprezzare; nessuna quistione di fatto ha da risolvere. Tutti gli agenti della pubblica amministrazione non sono che dei preposti, ed essa risponder deve degli atti illeciti da loro consumati in danno dei privati nell'esercizio o in occasione delle loro funzioni.

4. La figura giuridica non può rinvenirsi se non in quella che il Codice civile ci presenta, senza ricorrere a figure create a libito dell'interprete. Ed infatti si è chiesto: Havvi la figura del mandato? O quella della locazione d'opera? O quella della commissione?

Posta in tali termini la quistione, è un assurdo indagare se la responsabilità dello Stato sia di regola o di eccezione; se e quando l'azione del funzionario si compenetri in quella dello Stato; se questo debba dirsi irresponsabile perchè nella sua missione è escluso che possa commettere fatti illeciti. Tutto ciò non ha senso e non val la pena di essere confutato. Ma la indagine della quale abbiamo parlato debb'essere fatta con metodo rigorosamente scientifico, che

(1) Op. cit., n. 593.

Digitized by Google

non lasci luogo ad incertezze e contraddizioni. Vediamo se ciò sia stato fatto da scrittori che, al par di noi, hanno respinto la distinzione sopra menzionata (1).

« Lo Stato, scrive il Chironi, persona indipendente, fa con l'opera altrui quel che direttamente per la natura sua non potrebbe, cosicchè il rapporto intercedente tra esso ed i funzionari è, come si è ora osservato, quello della *rappresentanza*, intesa in senso generico così da comprendere, secondo le esplicazioni date su questo argomento, la rappresentanza in genere e quella che si è detta propria. Lo Stato commette ad altri l'esercizio delle funzioni sue, e la gravità, la importanza della commissione indicano qual sia la specie della rappresentanza contenuta nel rapporto; se in alcuni casi il funzionario è *rappresentante vero*, e la relazione è piuttosto di *mandato*, in altri casi la relazione ha meglio della locazione d'opera, e l'impiegato ha soltanto la rappresentanza in genere. Ma, in ogni caso, in tema di responsabilità per la colpa dei suoi rappresentanti, lo Stato ha figura giuridica di committente, e i suoi funzionari sono i commessi che agiscono entro i termini delle attribuzioni loro affidate; oltre questo limite l'azione non è più dell'impiegato, è semplice fatto personale al quale lo Stato è intieramente estraneo » (2).

---

(1) Noi domandiamo venia al lettore se non ci occupiamo della dottrina del Mantellini, svolta specialmente nell'opera *Lo Stato e il Codice civile*. parte I, lib. II, tit. II. L'illustre scrittore era così convinto della sua opinione, da affermare che « trovar titolo per chiamare lo Stato a rispondere civilmente al danneggiato delle malefatte degli impiegati non lo possono trovare nel *governo* e nella *giustizia* che i banditori del socialismo, i materialisti della scienza sociale ». Fortunatamente nessuno della schiera illustre degli oppositori era socialista, nè materialista; e la preoccupazione del Mantellini fu tale che lungi dallo studiare spassionatamente e da profondo giurista qual'era, la figura del funzionario governativo, non arrivò che a questo risultato, cioè, che « gl'impiegati, più che del re e del ministro, diventano i commessi della legge, e secondo il regolamento » — e quindi « o si rimane, tanto nella nomina che nell'attribuzione, all'impero che mai si muta in gestione, o alla politica relazione, che mai diventa relazione civile » (loc. cit.). Ma quanto è stato detto nel capitolo precedente crediamo basti per spiegare i concetti dell'autore.

(2) *Colpa contratt.*, n. 227.

Digitized by Google

Nulla di più ambiguo di cotali affermazioni. Come mai la relazione tra lo Stato ed i suoi funzionarii può concretarsi ora nel mandato, ora nella locazione d'opera, ora nella commissione? Escludiamo anzitutto la locazione d'opera che non implica rappresentanza, come abbiamo già fatto notare, malgrado il Chironi fosse di contrario avviso; ed escludiamo altresì la figura del mandato, che indica rappresentanza nel senso vero e proprio della parola, ed atteniamoci al concetto della preposizione, della commissione, la quale, come abbiamo già fatto notare, non implica nemmeno il concetto di rappresentanza. Lo stesso Chironi è costretto a riconoscere che in ogni caso non abbiamo se non la figura della commissione, e quindi l'operato dei funzionarii dello Stato, e di conseguenza anche di quelli dei comuni e delle provincie, rientra sotto l'impero del diritto comune, e la responsabilità è retta dall'articolo 1153 del Codice civile. Ma, lo ripetiamo, accettando la figura della commissione, escludiamo ogni concetto di rappresentanza, di confusione della persona del funzionario con quella dello Stato, e non abbiamo bisogno di dire che nell'azione del rappresentante si *impersona* il rappresentato, in modo da doversi ritenere opera di quest'ultimo quanto quello faccia nei limiti della incombenza (1). Posta la figura della commissione, lo Stato ha la responsabilità per l'operato dei suoi funzionarii, come ogni altro committente, e nei limiti entro i quali ogni altro committente risponde.

5. Chironi ha risposto assai bene alla obbiezione tratta dalla pretesa impossibilità o difficoltà di applicare la disposizione di diritto privato a rapporti di diritto pubblico. Se il diritto pubblico non vi ha provveduto, la responsabilità non può essere retta che dalle regole generali che sono scritte nel Codice civile. E finchè il funzionario altro non faccia che eseguire leggi e regolamenti, egli non viola alcun diritto, non commette *injuria*, agisce secondo le norme del diritto pubblico; ma quando per colpa o negligenza produce ingiu-

(1) Chironi, loc. cit.

Digitized by Google

stamente danno, allora si pone fuori del diritto pubblico, l'atto non è legittimo e sorge l'obbligo del risarcimento (1).

E così va respinta la distinzione che farebbe sorgere la responsabilità dello Stato nei soli casi in cui siavi esplicamento della persona civile e non di quella politica; va esclusa la distinzione voluta specialmente dal Gabba (2) tra i funzionari che siano *organi* e quelli che siano *strumenti* dello Stato. L'indole della funzione non modifica per nulla il carattere del rapporto giuridico. « Qualunque sia la funzione cui si riferisce l'atto del funzionario, diciamo col Chironi, non è sempre a nome dello Stato che esso è compiuto? Non è sempre lo Stato che agisce nell'opera dei suoi funzionari? Il carattere, lo scopo politico della funzione non possono influire per modificare i rapporti tra lo Stato ed il funzionario; il provvedimento, sia pure politico o amministrativo, all'impiegato rimane sempre la figura giuridica di commesso, perchè i suoi rapporti col committente non dipendono dal genere di servizio a lui affidato (3). Perciò, osserva con ragione lo stesso scrittore, le dottrine che non accolgono tale concetto, vengono a risultati insufficienti e contradditorii. Ora si accetta la regola, ma non ritenendola sempre applicabile, non si dà alcuna norma per determinare le eccezioni (4); ora si dà la qualifica di commesso all'impiegato nell'esercizio di funzioni giuridico-private (Gabba).

Che i pubblici funzionari siano responsabili, di fronte ai privati, dei delitti e quasi delitti consumati nell'esercizio delle loro funzioni, è tal principio riconosciuto da essere superfluo l'insistervi oltre, specialmente dopo quanto in maniera esauriente ne ha scritto il Bonasi (5). La quistione oggidì si accentua sul punto se la responsabilità per gli atti illeciti anzidetti debba risalire ovvero no alla pubblica amministrazione.

---

(1) Op. cit., n. 228.

(2) V. monogr. nel *F. It.*, VI, 1, 932 e segg.

(3) Op. cit., n. 229.

(4) LAURENT, XX, n. 590 e seg.

(5) *Della responsabilità penale e civile dei ministri e degli altri ufficiali pubblici.* Bologna, 1874.

Digitized by Google

La confusione tra le due indagini, cioè tra quella che riguarda la responsabilità della pubblica amministrazione in genere e quella che si riferisce alla responsabilità indiretta, derivante dall'operato dei funzionari, si rileva anche in opere pregevolissime dei patrii scrittori. Il Bonasi, p. e., nel cap. XII della menzionata opera si prefigge di discorrere della responsabilità indiretta della pubblica amministrazione; ma volendo applicare anche a tale disamina la distinzione tra gli atti emanati dalla persona *civile* e quelli emanati dalla persona *politica*, adduce esempi che nulla hanno da vedere colla responsabilità pel fatto dei funzionari (1).

Bonasi ammette il rapporto di *committenti* e *commessi* nei soli casi in cui « sono state affidate commissioni in un interesse privato, e quindi sono inapplicabili alle cariche e funzioni pubbliche istituite dalle leggi che interessano l'ordine pubblico e l'amministrazione dello Stato, le quali non possono essere governate che dal diritto pubblico. Perciò, nel silenzio di questo, la responsabilità dei fatti illeciti e dannosi compiuti dai pubblici funzionari nell'esercizio delle funzioni sovrane loro delegate dallo Stato resta puramente personale, e contro il governo, il privato che fosse rimasto offeso nei suoi diritti, non potrebbe per conseguenza avere ricorso che in via graziosa per chiedere la revoca e la riforma degli atti che gli riuscirono di pregiudizio » (2).

Ora, è facile vedere come, fatta eccezione per gli atti illeciti di coloro che occupano *cariche e funzioni pubbliche istituite dalle leggi che interessano l'ordine pubblico e l'amministrazione dello Stato*, non si comprende di quali altri funzionari possa parlarsi, e quali possano essere le *commissioni d'interesse privato*. E ciò è tanto vero che lo stesso scrittore, procedendo nella sua trattazione e mettendo a riscontro l'una coll'altra categoria degli atti predetti, così scrive: « Al contrario quando lo Stato ci si presenta come un possessore di proprietà stabili o mobili, un amministratore di rendite, un esattore di crediti, uno stipulatore di contratti, un costruttore di lavori, un conduttore d'im-

(1) V. gli esempi addotti al n. 271.
(2) Op. cit., n. 265.

Digitized by Google

prese, un privilegiato intraprenditore d'industrie agricole, manifatturiere e commerciali, insomma fa atti che hanno *carattere giuridico ordinario* e si pone in rapporti giuridici coi suoi amministrati, siccome tali atti per loro *intrinseca natura* e per essenza sono proprii dell'individuo e potrebbero essere anche abbandonati all'iniziativa individuale, così perciò solo che lo Stato si sostituisce alle opere dell'individuo e discende a mettersi al suo pari, deve eziandio subire la legge e restare soggetto alle regole del diritto comune » (1). Ebbene, dovunque lo Stato si sostituisce all'individuo, non estrinseca atti di pubblica amministrazione? E la sostituzione anzidetta costituirebbe caratteristica differenziale, per dire che i funzionari addetti ad un dato ramo di attività non occupino *cariche che interessino l'amministrazione dello Stato?* E qual'altra amministrazione interesserebbe? A dir vero quelle tali commissioni fatte in un *interesse privato* non si comprende che specie di commissioni siano; l'autore le chiama anche *atti che hanno carattere giuridico ordinario,* espressione ambigua e per cui a nulla giova. E parci che la verità sia quest'essa, cioè, che nessun funzionario dello Stato possa occupare cariche che non interessino l'*amministrazione* dello Stato; e che la responsabilità di questo o esiste per tutti i funzionari, in generale (2), o non esiste. La figura giuridica è sempre la medesima.

6. Se non che, la dottrina è travagliata di continuo da un vizio che possiamo dire organico, e che consiste nel volere ravvisare ad ogni costo nella commissione il concetto di rappresentanza. Infatti Chironi si propone il quesito, la soluzione del quale è nello stesso articolo 1153 del Codice civile, cioè che la responsabilità del committente sorge soltanto quando il commesso abbia agito nei limiti delle sue incombenze. Di conseguenza, in tali casi soltanto i funzionari dello Stato impegnano la responsabilità di questo. Vediamo ora come tale concetto sia chiarito dal Chironi.

(1) N. 269.
(2) L'eccezione si riferisce unicamente ai giudici.

Digitized by Google

« Al primo modo dei fatti ingiuriosi ora designati appartengono quelli commessi dall'impiegato in esecuzione delle facoltà conferitegli: se il funzionario restringe l'azione sua entro questi termini opera in qualità di rappresentante dello Stato, tenuto perciò alle conseguenze della sua colpa; l'ingiuria data dal rappresentante si ritiene qui come data direttamente dal rappresentato. Se invece l'impiegato commette ingiuria compiendo un atto che la legge gli vieta assolutamente, oppure eccedendo i limiti delle sue attribuzioni, nessun dubbio intorno la esclusiva responsabilità personale sua. Il danneggiato non ha qui azione contro lo Stato, al quale non spetta la qualità di rappresentato; se la rappresentanza sta ed obbliga finchè il rappresentante ottempera alle norme impostegli, oltrepassandole, violandole, egli agisce non più per il rappresentato, ma per sè; e allora lo Stato non può essere responsabile, in conseguenza della entità stessa del rapporto che esiste tra lui ed il funzionario » (1). Ma se ciò potesse ammettersi, la responsabilità dello Stato pel fatto dei suoi commessi sparirebbe addirittura.

Ed è sempre l'erroneo concetto della rappresentanza che principalmente travaglia la costruzione del Chironi; perchè, ammesso tale concetto, è agevole dedurre che tutto ciò che venga operato oltre i limiti della mansione non obbliga il rappresentato. E ravvisando nel commesso un rappresentante, la responsabilità del committente sparisce con pieno omaggio alla logica giuridica. Infatti, suppongasi che il funzionario esegua la facoltà conferitagli, *costringendo la sua azione entro questi termini*. In tal caso non si comprende come il funzionario possa commettere *injuria;* l'autorità gerarchica superiore è responsabile del fatto proprio, non di quello del commesso, il quale ha eseguito le facoltà conferitegli nei limiti che le medesime comportano. Ma la responsabilità pel fatto del commesso si ha appunto quando egli, nell'esercizio della incombenza o in occasione della medesima, rechi *injuria*. Orbene, ciò può aver luogo *compiendo un atto che la legge gli vieti assolutamente*, oppure *eccedendo i limiti delle sue attribuzioni*. Se lo Stato commit-

(1) Op. cit, n. 233.

Digitized by Google

tente non risponderà in questi casi, in quali altri ne risponderà? Si dice che in tali casi lo Stato non risponde perchè non gli spetta la qualità di rappresentato; e qui appunto sta l'errore, perchè giudicando alla stregua della rappresentanza, non si può spiegare la responsabilità del rappresentato pei fatti illeciti del rappresentante, e non potendola spiegare si conchiude col negarla assolutamente.

Anche nel campo del diritto privato, eccedendo i limiti della incombenza e commettendosi fatti illeciti, si fa ciò che è vietato dalla legge; ma non per questo non si impegna la responsabilità del committente. Eccedendo i limiti dell'incombenza, si produce danno in occasione dell'esercizio della incombenza medesima; ma non perciò vien meno la responsabilità del committente.

7. Lo stesso Chironi determina altrove con maggior chiarezza il senso in cui dev'essere inteso il principio che il fatto illecito del funzionario dev'essere consumato nell'*esercizio della funzione* o in *occasione di essa.* L'atto del funzionario ha figura d'illecito in rapporto del terzo offeso quando include una violazione degli obblighi suoi verso lo Stato, mentre nella responsabilità comune il rapporto tra il commesso ed il committente è materia puramente interna, e la violazione dell'obbligo che il rappresentante avesse verso il rappresentato nulla toglierebbe alla conseguenza intera e normale dell'offesa fatta al terzo, che è la responsabilità. Occorre insomma che l'impiegato, nell'offendere il terzo, abbia mancato con dolo o con colpa ai doveri del proprio ufficio verso lo Stato committente (1). Ma il Chironi vuole ad ogni costo far prevalere il principio della rappresentanza, ed immediatamente soggiunge: il fatto illecito deve contenere l'eccesso dell'impiegato agente dalle funzioni attribuitegli: se la rappresentanza è conceduta entro certi limiti, oltre di cui non vi è più, e manca allora nel rapporto tra il funzionario e lo Stato la figura giuridica che rende quest'ultimo responsabile qual commit-

(1) *Colpa extrac.*, II, n. 249 (2ª ediz.).

Digitized by Google

tente » (1). Il che equivale a dire che lo Stato non sia mai responsabile del fatto dei suoi funzionarii!

Respinge l'illustre scrittore il principio addotto dal Mantellini e dal Saredo, per cui lo Stato non sarebbe mai responsabile pel motivo che non può presumersi dia mandato ai suoi funzionarii di commettere atti illeciti; ogni committente, egli dice, potrebbe allora invocare questo mezzo di difesa. Come rispondere all'obbiezione? « Col fatto della rappresentanza tutti gli atti che il rappresentante compie in tale qualità sono atti del rappresentato; ma non è fors'egli che lo chiamò a quest'ufficio? E se nell'esercitarlo commetta ingiuria, non può lagnarsi quando è chiamato a risponderne. Nè importa, come già s'è osservato, l'avvertire il rapporto speciale che è tra lo Stato ed i suoi funzionari: che non vi occorra sempre la figura del mandato, nulla fa; rimpetto ai terzi, in materia di colpa non contrattuale, domina la ragione della rappresentanza, in cui, secondo pur occorre di avvertire, entra in molta parte il concetto della *garantia* determinante la responsabilità del rappresentato, senza che a lui valga l'obbiettare diligenza nella scelta » (2).

Ma non si potrebbe cadere in più flagrante contraddizione! Dunque il rappresentato risponde di tutti gli atti del rappresentante per averlo chiamato a quel dato ufficio; ma allora non è vero che la rappresentanza *sia conceduta entro certi e fissi limiti, oltre i quali non havvi responsabilità per la commissione?* (3). Ed insomma, quanti concetti entreranno nel rapporto tra il funzionario e lo Stato? Rappresentanza, mandato, commissione, garentia? Quale tra queste figure?

8. Il prof. O. Ranelletti, in una pregevole monografia alla quale diede occasione la sentenza 9 luglio 1897 della suprema Corte romana (4), costruisce sulla base della teorica

(1) Loc. cit.
(2) Loc. cit.
(3) Loc. cit.
(4) *F. It.*, 1898, 1, 81.

Digitized by Google

della rappresentanza quella della responsabilità della pubblica amministrazione per fatti illeciti dei suoi agenti in danno dei privati. Le persone giuridiche, egli dice, non possono esplicare la loro attività se non per mezzo di rappresentanti; il che porta alla conseguenza di una confusione giuridica tra la persona del rappresentante e quella del rappresentato — « in modo che quando il rappresentante agisce in questa qualità ed entro i limiti della rappresentanza concessa, si presenta come la persona stessa del rappresentato, e gli atti da lui compiuti, nei rapporti coi terzi, sono considerati come compiuti dal rappresentato medesimo. Questo deve riconoscere come suo l'operato del rappresentante in questi limiti ».

E fin qui nessun dubbio: il quale però sorge ed assai grave quando lo stesso scrittore dal concetto di rappresentanza desume quest'altra conseguenza: « E quindi, se il rappresentante, in questa qualità e nell'esecuzione delle facoltà concessegli dal rappresentato, compie un atto illecito, sia in materia contrattuale, sia in materia extracontrattuale, il fatto di lui obbliga anche il rappresentato. Data la confusione giuridica delle due persone, basta che il fatto sia imputabile al rappresentante perchè debba risponderne il rappresentato: la quistione della imputabilità o meno deve farsi soltanto in rapporto al rappresentante. Così appare chiaro come una persona giuridica possa essere responsabile di un fatto illecito, sia questo un delitto o un quasi delitto, compiuti dai proprii rappresentanti, e ne risponde come fatto proprio. Agisce direttamente per sè chi agisce per mezzo di altri ».

È la teoria del Chironi applicata alle persone giuridiche, e che al Ranelletti pare meglio d'ogni altra possa spiegare la responsabilità delle persone giuridiche e che meglio risponda alle disposizioni del nostro Codice civile. Nell'ampio concetto di rappresentanza « rientra non solo il mandato, la rappresentanza cioè vera e propria, in cui si rappresenta direttamente ed immediatamente la persona del mandante in uno o più affari, ma anche la locazione d'opera, la rappresentanza in genere, come si è chiamata, in cui la volontà è diretta principalmente alla condizione

Digitized by Google

dell'opera, affinchè il locatore compia nel nome e nell'interesse del conduttore uno o più servizi. Tutti e due questi rapporti sono dalla legge compresi nel rapporto di committente e commesso ».

9. Ma, astrazion facendo dal sapere se la teoria della rappresentanza sia applicabile alla commissione (e negando assolutamente ogni idea di rappresentanza nella locazione d'opera), limitandosi alla responsabilità delle persone giuridiche, Stato, Comune, Provincia, pel fatto dei loro rappresentanti, il Ranelletti vi appone una limitazione, per quanto esatta altrettanto demolitrice della teoria da lui sostenuta. « Se il rappresentante eccede (concetto di eccesso affatto distinto e diverso da quello di abuso) i limiti delle funzioni affidategli, cessa la rappresentanza, perchè solo in questi limiti vi è la confusione giuridica delle due personalità, come se resta nei confini delle facoltà avute, benchè nell'eseguire l'incarico ricevuto compia un atto illecito, sussiste sempre la rappresentanza e resta obbligato il rappresentante ». Ebbene, come mai cessa la rappresentanza quando il rappresentante *eccede i suoi poteri* e non quando *ne abusa o commette atti illeciti?* Eccesso di potere vuol dire non agire secondo il potere ricevuto, e chi *abusa* non agisce in conformità del detto potere; l'atto illecito è l'estremo dell'abuso. Ora, è canone indiscutibile che la responsabilità del rappresentato non possa estendersi a tutto ciò che è maleficio, abuso, eccesso di potere; tanto che allorquando la legge ha voluti renderci responsabili pei fatti consumati da coloro che agiscono nel nostro nome ed interesse lo ha detto, come nell'art. 1153 per la commissione. Dunque il concetto di rappresentanza è malamente invocato; non resta che quello di commissione, senza che il principio della rappresentanza vi si ingerisca.

10. Occasione precipua, come abbiamo detto, fu data alla dottrina ed alla patria giurisprudenza dalle appropriazioni consumate dai cancellieri giudiziarii in danno di coloro che erano obbligati a depositare somme presso di loro. E fu spettacolo doloroso quello che verificossi specialmente sino

Digitized by Google

al 1882, di vedere i privati alle prese collo Stato a causa di quelle appropriazioni. Lo Stato respingeva qualsiasi responsabilità civile, ed i privati, costretti per legge ad eseguire i depositi nelle mani dei cancellieri, dovettero per lo più contentarsi del magro conforto di sperimentare contro tali funzionarii l'azione di risarcimento (1).

Più volte però la giurisprudenza riconobbe la responsabilità dello Stato in ordine ai depositi predetti (2). Poi si fece distinzione tra i depositi del decimo del prezzo che debbono fare i concorrenti all'asta pubblica ed il deposito delle spese giudiziarie e delle tasse. Riguardo ai depositi della prima specie, si disse, l'interesse è tutto dei privati, non riguarda il patrimonio dello Stato, e di conseguenza questo non risponde del fatto doloso o colposo dei cancellieri. E viceversa, le spese, le tasse di vendita, trascrizione, ecc., riguardano l'interesse finanziario dello Stato, il quale risponde delle appropriazioni dei detti funzionarii, che allora non rivestono più la qualità di funzionarii giudiziarii, ma amministrativi (3).

Vediamo ora in quali altre occasioni sia stata riconosciuta la responsabilità della pubblica amministrazione per il fatto dei suoi agenti.

---

(1) Cass. Napoli, 1° giugno 1876 (*F. It.*. 1876, 1, 77); 28 novembre 1876 (*Giur. It.*. 1877, 231); Cass. Firenze, 20 dicembre 1876 (*T. Ven.*. 1877, 41); 26 dicembre 1876 (*Ann.*. 1877, 52); Palermo, 31 gennaio 1877 (*Circ. Giur.*, 1877, 119); Cass. Napoli, 1° giugno 1878 (*Boll.*. 1878, 172); Cass. Roma, 22 febbraio 1879 (*F. It.*, 1879, 1, 175); Cassaz. Napoli, 24 maggio 1879 (*Gazz. Proc.*. XIV, 272); Palermo, 1° maggio 1880 (*Legge.* 1881, 2, 736); Cass. Roma, 14 dicembre 1881 (*Legge.* 1882, 2, 19), *passim*.

(2) Torino, 15 febbraio 1878 (*Giur. It.*. 1878, 5, 21); Cass. Palermo, 19 gennaio 1878 (*Giur. It.*. 1878, 383); 8 novembre 1880 (*Foro It.*. 1880, 1, 1105); 20 settembre 1881 (*Giur. It.*. 1881, 698); Palermo, 17 luglio 1880 (*Circ. Giur.*. 1881, 66); Cass. Palermo, 7 luglio 1887 (*F. It.*. 1887, 1, 1010); 18 dicembre 1894 (*Ibid.*. 1895, 1, 278).

(3) Cass. Torino, 13 maggio 1879 (*Foro It.*, 1879, 1, 1224); Cass. Roma, 26 maggio 1880 (*Gazz. Proc.*. 1880, 450); 23 aprile 1880 (*Giur. It.*. 1880, 1080); Cass. Roma, 29 novembre 1880 (*F. It.*. 1881, 1, 1); 15 giugno 1881 (*C. S. Rom.*. 1881, 661); 26 maggio 1880 (*Ibid.*. 1880, 348); 31 luglio 1882 (*F. It.*. 1882, 1, 1022). Riguardo ai depositi fatti per concorrere ai pubblici incanti si negò talvolta l'azione contro lo Stato, allegando che tali depositi non abbiano carattere di necessità. Palermo, 2 maggio 1876 (*G. Trib. Mil.*. 1876, 1218).

Digitized by Google

11. È stata riconosciuta la responsabilità del Comune pei depositi provvisorii fatti dagli appaltatori e versati al tesoriere comunale (1). Si è ammessa la responsabilità della provincia se in un manicomio provinciale un demente muoia per gli eccessi di un infermiere (2); quella dello Stato se un bersaglio militare sia stato malamente disposto, per cui una palla sorpassando la cinta, abbia ferito taluno (3); quella del Comune se per la rottura di un ponte provvisorio in una strada comunale fosse derivato danno ai passanti (4).

Avendo avuto luogo sequestro di casse al confine del regno, contenenti tali casse oggetti d'arte per esportazione, fu ammessa la responsabilità dello Stato pel cattivo imballaggio fatto dai doganieri (5). Ma talvolta fu negata la responsabilità dello Stato per fatto degli agenti doganali che perseguono il contrabbando; si ritenne inapplicabile l'articolo 1153 Cod. civ., perchè essendo i detti agenti finanziarii di ordine politico, non rappresentano l'amministrazione dello Stato e quindi questo non assume responsabilità (6). Risponderebbero però gli agenti stessi che abbiano commesso eccesso di potere o abbiano agito con colpa, ed i superiori che abbiano dato gli ordini (7).

---

(1) Torino, 30 maggio 1892 (*La Giur.*. 1892, 669); Cassaz. Torino, 28 marzo 1893 (*Ibid.*. 1893, 469); Palermo, 10 giug. 1904 (*F. Sic.*. 1904, 364).

(2) Genova, 13 marzo 1905 (*T. Gen.*. 1905, 408).

(3) Torino, 21 gennaio 1890 (*Giur. It.*. 1890, 295).

(4) Cass. Firenze, 10 febbraio 1890 (*Giur. It.*. 1890, 455).

(5) Cass. Roma, 8 febbraio 1883 (*F. It.*. 1883, 1, 1113); Cass. Torino, 20 dicembre 1900 (*Ibid.*. 1901, 1, 171).

(6) Cass. Roma, 22 gennaio 1877 (*F. It.*. 1877, 1, 638); 7 maggio 1877 (*Giur. It.*. 1877, 632); Ancona, 15 dicembre 1877 (*Ibid.*, 1878, 1, 83); Genova, 31 dicembre 1877 (*Eco Gen.*. 1878, 65); Cass. Roma, 25 febbraio 1878 (*Giur. It.*. 1878, 514); 2 giugno 1880 (*C. S. Rom.*. 1880, 578); 21 gennaio 1880 (*Giur. It.*. 1880, 595); 15 giugno 1880 (*Legge*. 1881, 156); Napoli, 2 dicembre 1881 (*Giur. It.*. 1882, 139); Cass. Roma, 2 marzo 1881 (*C. S. Rom.*. 1881, 211); Genova, 10 ottobre 1882 (*Legge*. 1883, 2, 276); Catania, 27 agosto 1886 (*Giur. Cat.*. 1886, 175); Palermo, 18 gennaio 1892 (*Legge*. 1892, 2, 20); 17 settembre 1894 (*F. Sic.*. 1894, 298).

(7) Cass. Roma, 21 gennaio 1880 (*Giur. It.*. 1880, 598); 1° maggio 1880 (*C. S. Rom.*. 1880, 244); Genova, 9 aprile 1880 (*Eco Gen.*. 1880, 1, 131); Lucca, 18 aprile 1882 (*Giur. It.*. 1882, 554); Cass. Firenze, 26 febbr. 1883 (*Legge*. 1883, 2, 545); Genova, 9 dicembre 1892 (*Giur. It.*. 1893, 15).

Digitized by Google

12. Non potrebb'esservi una dottrina più illogica e nel tempo stesso più pericolosa! Si negherà ogni rappresentanza negli agenti dello Stato quando esercitano una funzione politica o di governo? Eppoi, a che cosa tende la funzione degli agenti doganali? A far sì che lo Stato percepisca i diritti di dogana sulle merci che si importano dall'estero e sui generi di privativa, e ad impedire che lo Stato venga frodato nella percezione di tali diritti. Tale funzione non può affatto equipararsi a quella in cui gli agenti dell'amministrazione pubblica procedono per ragioni di sicurezza, di igiene, ecc. Gli agenti doganali, sia che costituiscano forza armata, ovvero siano degli impiegati burocratici, non sono che dei preposti ad un ramo speciale dell'amministrazione stessa, che è quello di riscuotere i diritti di dogana; e nello esercizio delle loro incombenze impegnar debbono la responsabilità dello Stato, che è il committente.

Ritenere il contrario è lo stesso che lasciare il privato all'arbitrio di una categoria di agenti dello Stato; il che non può per nulla ammettersi. Abbiamo letto decisioni tra quelle dianzi citate, le quali hanno negato ogni azione contro lo Stato in casi in cui gli agenti doganali sequestrarono merci, supponendo il contrabbando mentre non esisteva, ovvero processero a perquisizioni vessatorie, in urto alle leggi ed ai regolamenti, danneggiando i privati. E mentre la giustizia dovrebbe proteggere il cittadino contro gli eccessi degli agenti della pubblica amministrazione, invece è tutta intenta a mettere quest'ultima fuori causa, e far sì che i privati esercitino le loro azioni contro gente che ordinariamente nulla possiede. Non possiamo che deplorare questa giurisprudenza fiscale, che sottrae lo Stato alla responsabilità derivante dal cattivo operato di una categoria dei suoi preposti; e diciamo con un illustre scrittore: « Lo Stato, come gestore dei differenti rami del pubblico patrimonio, agisce in condizioni analoghe a quelle di un privato. Quantunque in vista di un pubblico interesse può dirsi che in *quel dato ramo di attività che esercita si stabiliscano tra lui ed i cittadini rapporti privati che sono retti dai principii di diritto comune,* e quindi debb'essere considerato come un committente ordinario, e per ciò stesso sottoposto alla

Digitized by Google

responsabilità civile stabilita dall'articolo 1384 » (1). Di conseguenza, segue lo stesso scrittore, lo Stato debb'essere responsabile del danno commesso dai suoi agenti preposti alle regìe o amministrazioni che abbiano per oggetto la riscossione di speciali entrate, sia colla istituzione di una industria monopolizzata come quella dei tabacchi e delle ferrovie, sia mercè esazioni dirette o indirette (2).

13. E così la pubblica amministrazione rientra sotto l'impero del diritto comune, che è quello dell'articolo 1153 del Codice civile, armonizzato coi principii del diritto pubblico interno. Nessun'altra figura giuridica riconoscendo nell'agente se non quella del preposto, la responsabilità deve risalire al preponente. Se non che, mentre nelle relazioni tra privati e privati è agevole riconoscere la lesione del diritto, che fa sorgere l'interesse legittimo al risarcimento, nelle relazioni tra il privato e la pubblica amministrazione non è sempre agevole determinare se il danno sia la conseguenza della lesione di un diritto. Ciò ha luogo perchè ogni agente amministrativo deve svolgere la sua mansione in conformità alla legge, ai regolamenti, alle superiori istruzioni; e quando agisca entro tale cerchia di legittimità non può ledere il diritto di alcuno.

Ma la difficoltà consiste appunto nel vedere se l'azione dell'agente fosse stata legittima e se si fosse rannodata alla funzione che era chiamato ad esercitare. Anzi, questa indagine è pregiudiziale, perchè ritenendosi che il fatto illecito nessuna relazione avesse avuto coll'incombenza allo agente affidata, ogni altra indagine è frustranea per ciò che si riferisce alla responsabilità della pubblica amministrazione, nessun preponente assumendo obbligo per fatti dal preposto consumati nè nell'esercizio, nè a causa della incombenza. Qui può invocarsi la teoria dell'abuso del diritto. Dove comincia l'abuso, cessa il diritto. Oltrepassando la sfera di azione in cui va circoscritta la mansione del-

(1) Sourdat, n. 1306.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

l'agente amministrativo, cessa la qualità di preposto e vien meno la responsabilità civile del preponente (1).

14. Ricordiamo qualche esempio. A causa di un grave errore commesso dagli agenti governativi, vien dato inconsultamente lo sfratto ad un piroscafo; fu ritenuta la responsabilità dello Stato in base all'articolo 1153 Codice civile (2) — Una guardia doganale, senza alcuna giustificazione, esplode il fucile e ferisce una persona; fu ritenuto non essere responsabile lo Stato (3), pel motivo che questo, come nessun committente, non deve rispondere del danno consumato dai preposti fuori l'esercizio delle incombenze — Ma se, p. e., una guardia daziaria, nell'esercizio delle sue funzioni, scambi un passante per un contrabbandiere e lo ferisca esplodendo il fucile, impegna il Comune in servizio del quale ha agito? Il ferito sperimentò azione di risarcimento contro il Comune, il quale eccepì: *a)* che la guardia daziaria era stata nominata con le condizioni volute dal regolamento e quindi eravi una presunzione di buona scelta; *b)* che la sorveglianza delle singole guardie era stata affidata a graduati dello stesso corpo; *c)* che il fatto non si svolse nell'orbita della commissione. La Corte veneta fece diritto a tali eccezioni ed assolse il Comune (4).

Ma, anzitutto, è esonerato il Comune da qualsiasi responsabilità sol perchè le guardie daziarie vengano nominate a norma dei regolamenti? Se ciò può valere ad eliminare la presunzione di colpa lieve, non così per la colpa lievissima, osserva un annotatore della decisione sopra menzionata, perchè riguardo alla esclusione della colpa lievissima occorrono indagini molto accurate per escludere la responsabilità del committente (5).

Noi abbiamo ritenuto che le modalità della nomina del commesso non possono influire sulla responsabilità del

---

(1) Cass. Firenze, 21 giugno 1889 (*Giur. It.*, 1889, 576).
(2) Palermo, 12 settembre 1881 (*Giur. It.*, 1882, 187).
(3) Milano, 19 novembre 1895 (*Mon. Trib.*, 1896, 67).
(4) Decis. 27 ottobre 1887 (*F. It.*, 1888, 1, 121).
(5) Avv. Perenzano, loc. cit.

Digitized by Google

committente, perchè la legge non distingue; e se delle modalità si dovesse tener conto, la responsabilità della pubblica amministrazione e di tutti gli enti morali che nominano i preposti secondo le prescrizioni regolamentari, sparirebbe. Nella specie della quale ci occupiamo, l'indagine più importante era compenetrata nella eccezione fondata sull'indole del fatto dannoso messa a riscontro coll'indole dell'incombenza affidata alla guardia daziaria. La Corte osservava che la guardia aveva agito in maniera non permessa dal regolamento, il quale prescriveva in quali casi sarebbe stato lecito far uso della carabina; ed essendo stato in tutto trasgredito il regolamento, non poteva venire impegnata la responsabilità del Comune; che tra la commissione ed il fatto mancava il rapporto che deve esistere tra la causa occasionale e l'effetto.

15. Sul quale ultimo punto, il predetto annotatore della decisione della Corte veneta osserva non potersi dubitare che la guardia daziaria, la quale trovandosi in sentinella alla porta, scambia gl'innocui passanti per contrabbandieri e contro di essi esplode l'arma, impegna la responsabilità del Comune *propter malam electionem*, essendo certo che se in luogo di quella fosse stata nominata a tale ufficio altra più oculata ed idonea persona, non si sarebbe deplorato quel danno. Diversa sarebbe la decisione se la guardia, pur trovandosi in attualità di servizio, ferisse o uccidesse qualcuno a scopo di personale vendetta; allora il fatto dannoso o sarebbe avvenuto o quanto meno avrebbe potuto avvenire, anche a prescindere dalla commissione affidatale. « Dalla quale osservazione si fa manifesto che il ferimento di cui nella specie presente, per essere stato involontario anzichè doloso, trovava in ciò un ulteriore motivo d'impegnare la responsabilità del committente, perchè se doloso avrebbe avuto una causa sua propria e per sè stante, alla quale l'ufficio di guardia sarebbe stato estraneo. Ond'è che la Corte facendo di questa involontarietà una circostanza favorevole al committente, andò a ritroso della logica e dei concetti giuridici che reggono questa materia ».

Digitized by Google

Dunque, secondo l'annotatore della sentenza della Corte veneta, il Comune sarebbe responsabile di colpa lievissima *propter malam electionem*, perchè avrebbe potuto nominare a quel dato ufficio altra più oculata ed idonea persona. Ma noi ci permettiamo di osservare che allorquando la pubblica amministrazione, in genere, sceglie i suoi agenti secondo prescrivono i regolamenti che disciplinano le speciali nomine, richiedendo fedi penali, attestati di buona condotta, visite mediche, ecc., ha esaurito ogni suo compito e difficilmente può essere accusata di colpa anche lievissima. Certamente non può fare le indagini come un privato qualsiasi, ma quelle sole consentite dai regolamenti; e tranne che questi fossero stati violati, non si può parlare di colpa. Le guardie daziarie, come quelle doganali, dal momento che prestano servizio, si presume che abbiano tutte le medesime qualità a prestarlo. Come mai il sindaco di un Comune può sapere quale guardia sia più oculata dell'altra; quale non iscambierà i passanti innocui coi contrabbandieri; quale non trasgredirà i regolamenti, non esplodendo il fucile contro le persone sospette di contrabbando? Andare cercando la colpa lievissima, in simili casi, *propter malam electionem*, è una esagerazione, e diciamo piuttosto un non senso.

16. Si ricorda l'esempio addotto da Pothier per sostenere la responsabilità del Comune. Un preposto daziario che esercita la visita in un'osteria, maltratta l'oste e danneggia ciò che trova; « gli appaltatori del principe che l'hanno preposto sono responsabili di questo delitto ed obbligati al pagamento dei danni interessi ai quali sarà condannato il loro commesso, salvo il regresso contro di lui perchè tale preposto ha commesso il delitto esercitando le sue funzioni » (1). L'esempio però non è per nulla analogo al caso in esame. La soluzione data da Pothier e ricordata dall'annotatore della Corte veneta non può essere invocata per sostenere la responsabilità del Comune nella controversia della quale trattiamo. Il commesso daziario di cui

(1) *Obblig.*, n. 453.

Digitized by Google

parla Pothier era un preposto degli appaltatori del principe, e quindi non impegnava se non la responsabilità di tali appaltatori e non quella del principe, nel quale s'impersonava la pubblica amministrazione.

Nè le leggi romane riguardanti la responsabilità del committente pel fatto dell'institore, nè Pothier s'invocano a proposito quindi, perchè non contemplano ipotesi in cui committente sia la pubblica amministrazione, che nomina i suoi agenti secondo norme regolamentari prestabilite, e perchè al privato è sempre agevole rimproverare la *mala electio.*

Al committente la legge non permette di fare quella prova alla quale possono essere ammesse le altre persone civilmente responsabili giusta l'art. 1153 del Codice civile; laonde anche alla pubblica amministrazione può opporsi che non possa distruggere la presunzione di responsabilità, e crediamo che ciò non possa negarsi, in difetto di una disposizione di legge che deroghi a quella dell'articolo 1153. Come abbiamo veduto, la ragione della responsabilità addossata ai committenti può essere stata anche quella della cattiva scelta; ma ciò non toglie che si tratti di una presunzione che bisogna rispettare, ed ogni allegazione di buona scelta non è attendibile, e di conseguenza non occorre alcuna prova di colpa, anche lievissima, per far dichiarare la responsabilità del committente, e, nella specie, del Comune che nomina la guardia daziaria.

17. Altro non rimane adunque, come dicevamo, se non l'indagine sulla connessione tra il fatto dannoso commesso dalla guardia e l'incombenza alla stessa affidata. La Corte veneta non riscontra tale connessione. Il regolamento prescrive che le guardie daziarie non possano far uso della carabina contro le persone inseguite per contrabbando; la guardia invece ne fa uso e ferisce o uccide una persona, che nemmeno era contrabbandiere. Ciò facendo ha commesso un reato; non ha fatto uso dell'arma per difendersi ma per offendere, in onta al regolamento che ciò le vietava. Ora, nessun committente può essere obbligato civilmente per reati che il commesso consuma in occasione dell'incom-

Digitized by Google

benza, perchè in nessuna commissione può presumersi implicita la facoltà di eseguirle consumando reati; e noi abbiamo approvato una decisione della Corte di Milano (1), le quale escluse la responsabilità dello Stato in un caso in cui la guardia doganale aveva ferita una persona senz'alcuna giustificazione. E potremmo addurre parecchi altri esempi. Il mio cocchiere per fare allontanare dai cavalli i ragazzi, dà una frustata colla quale fa perdere un occhio ad un ragazzo. Sarò io responsabile? No; e nol sarò nemmeno se, guidando il cocchio, venga in alterco con altra persona e la ferisca o l'uccida. Come abbiamo già detto, occorre la connessione tra il fatto dannoso e l'incombenza. Quando questa connessione manca, l'esecuzione dell'incombenza è l'occasione, il pretesto del danno commesso, e la responsabilità civile non può ricadere sul committente. In base a questo principio, la soluzione data dalla Corte di Venezia, nella specie della quale ci siamo occupati, è da accettarsi, perchè se il diritto comune deve applicarsi anche contro la pubblica amministrazione, dev'esserlo completamente.

Non possiamo accettare il principio com'è stato formulato dal Sourdat. « Lo Stato esercitando i diritti di polizia che gli competono, sia a titolo preventivo ovvero per accertare i delitti e le contravvenzioni alle *leggi fiscali*, è responsabile degli abusi di potere, degli atti illegali, dell'imprudenza e negligenza dei suoi agenti » (2). Ed approva una decisione della Corte di Grenoble (13 marzo 1834) che ritenne lo Stato civilmente responsabile per omicidio commesso da un agente doganale nell'esercizio delle sue funzioni, nonchè due decisioni della Cassazione (19 luglio 1826 e 30 gennaio 1833), che ritennero responsabile l'amministrazione delle contribuzioni indirette per omicidii consumati da guardie daziarie sopra persone sospette di contrabbando. La giurisprudenza, egli dice, ha riconosciuto che la responsabilità dello Stato risultava in maniera generica dall'articolo 1384 del Codice civile. Ma noi abbiamo veduto come non basti che il fatto dannoso si rannodi alla funzione

(1) Decis. 19 novembre 1895 (*Mon. Trib.*, 1896, 67).
(2) Op. cit., n. 1310.

Digitized by Google

perchè ne risponda civilmente il committente; occorre un nesso di causalità, e questo nesso abbiamo veduto non esistere nel fatto delittuoso commesso dalle guardie doganali e daziarie, che sparano contro persone sospette di contrabbando.

18. Discorrendo del danno recato dai proiettili negli esercizii militari, il Sourdat (1) riferisce ed approva decisioni del Consiglio di Stato nel senso che ammisero la responsabilità dell'amministrazione militare, e così pel danno recato alle messi. Le truppe agiscono allora per comando superiore, nell'interesse di un pubblico servizio. Ma l'amministrazione della guerra risponde anche del danno cagionato per negligenza o imprudenza dai militari negli esercizii che si sogliono fare?

Una compagnia di soldati fa esercizii a fuoco senza che fossero state prese le solite precauzioni per fare allontanare i passanti. Il capitano fa uscire dalle file due soldati ed ordina che tirassero in direzione di una strada. Un passante, ferito dalla bacchetta di un fucile rimasta nella canna, spiega azione di risarcimento contro il ministro della guerra nella rappresentanza dello Stato. Il tribunale della Senna decide a questo modo: « Attesochè il Governo non è il *padrone* nel senso dell'articolo 1384 Codice civile, dei militari chiamati al servizio dello Stato; che ancor meno è il loro committente ed i militari non sono suoi preposti; che il servizio militare è un onere attribuito alla qualità di francese; che il francese adempie ad un dovere quando entra nelle file dell'esercito e non occupa affatto un impiego; che ben diverso è il caso in cui i cavalli dell' arma di cavalleria rechino danno, essendo di proprietà dello Stato ed affidati soltanto alla custodia dei cavalieri — dichiara infondate le domande del signor Vallet, le respinge e lo condanna alle spese, riservandogli il diritto, se del caso, di procedere contro il soldato dal quale è stato ferito e contro l'ufficiale che ordinò il fuoco ».

---

(1) Op. cit., n. 1331 *ter*.

Digitized by Google

Sourdat approva questa sentenza; ma Dumesnil (1) la critica. Il soldato che fa gli esercizii, dice questo scrittore, non agisce da sè stesso, ma subisce l'impero della disciplina militare alla quale è completamente sottoposto. Quella legge stessa che impone l'obbligo del servizio militare delega per ciò stesso al Governo il diritto di disporre delle persone dei soldati per l'adempimento di ciò che sono obbligati di fare. La volontà del militare svanisce quindi di fronte alla grande legge d'ordine pubblico che lo sottopone all'obbedienza passiva; e quindi se obbedendo ai suoi capi, cagiona danno per negligenza o imprudenza, è giusto ed è logico che lo Stato ne sia civilmente responsabile.

In questo ragionamento, dice il Sourdat, si dimentica il doppio principio della responsabilità civile. Nè il soldato, nè l'ufficiale sono, a rigore, scelti dal Governo; non agiscono rappresentandolo negli esercizii militari, e quindi non può indistintamente ammettersi la responsabilità dello Stato. « I militari, nelle loro esercitazioni, non fanno che compiere atti della loro professione in maniera indipendente e spontanea. Questi atti non possono, secondo il nostro avviso, impegnare la responsabilità dell'amministrazione » (2).

19. Ma anzitutto domandiamo che cosa c'entri il diritto di scelta da parte del Governo, e se la quistione vada posta sotto il suo vero punto di vista allegando che i militari, nelle esercitazioni, non rappresentino lo Stato. Eppoi, che significa il dire che esercitino gli atti della loro professione in maniera indipendente e spontanea? Nulla di tutto questo; ed il Sourdat fa rilevare come il Consiglio di Stato (25 febbraio 1881) abbia giudicato in senso contrario. E veramente l'esercito non è costituito da una massa di preposti, di commessi del Governo, e nemmeno da una massa di professionisti che agiscano in maniera *indipendente e spontanea*. Questi concetti debbono essere assolutamente eliminati. La funzione del soldato non entra per nulla in questa indagine, perchè la responsabilità del

(1) *Legisl. spec. del Tesoro pubblico*, pag. 389.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

ferimento ricade sulla persona che doveva predisporre le esercitazioni in maniera da non recar danno alla gente. Se ciò non fu fatto, quella data persona, nella specie l'uffiziale, è responsabile di quasi delitto, essendo il danno avvenuto per negligenza, per non aver preso i provvedimenti che dovevano esser presi. Ora l'uffiziale non è un professionista, è un preposto dell'amministrazione della guerra. E, come preposto, lo Stato deve rispondere del danno che reca ai terzi per negligenza nell'esercizio della mansione.

20. È responsabile altresì lo Stato del furto di oggetti sequestrati come corpo di reato, se il furto sia avvenuto per colpa o negligenza dei funzionarii che avevano l'obbligo della custodia?

Risponde negativamente la Cassazione romana pel motivo che nella specie trattasi di atto d'impero. I proprietarii degli oggetti sequestrati allegavano che se il sequestro della presunta refurtiva era stato un atto d'impero, ad esso era seguìto un atto di vera e propria gestione, perchè lo Stato s'era costituito depositario, per mezzo dei suoi agenti, delle cose sequestrate, e perciò gl'incombeva l'obbligo della custodia. La Corte suprema, dopo di avere con la decisione 6 agosto 1903 (1) repudiata la distinzione tra atti d'impero e di gestione, come *vieta* ed *infeconda*, con decisione 11 dicembre 1903 (2) ricorre a tale distinzione per negare la responsabilità dello Stato verso il proprietario della refurtiva sequestrata, e trova che il ritenere essere lo Stato civilmente responsabile nelle sue funzioni d'impero sia *concetto assolutamente assurdo*. « E indubbiamente è atto di autorità e d'impero non soltanto il sequestro dei corpi di reato, ma eziandio ed anche più (perchè appunto ad essa è preordinato il sequestro), la custodia dei medesimi, la quale non è che misura istruttoria e procedurale, intesa agli alti fini sociali dell'accertamento del reato e della conservazione delle prove a questo relative ».

---

(1) *Giur. It.*. 1903, 1, 899.
(2) *F. It.*. 1904, 1, 1.

Digitized by Google

Da banda la responsabilità dello Stato per gli atti d'impero; ma stando alla distinzione stessa seguìta dal supremo collegio, come mai la custodia delle cose sequestrate può ritenersi atto d'impero, *perchè misura istruttoria e procedurale?* Non si comprende come la custodia di cose sequestrate possa essere misura di tal genere. Ma quando verranno per sempre proscritti argomenti di simil fatta?

21. Noi riteniamo la piena responsabilità dello Stato per la custodia delle cose sequestrate per ordine di giustizia. La detta custodia non è atto di governo, non è esplicamento di funzione politica, non è *misura d'istruttoria e procedurale.* La colpa dei preposti, la loro negligenza deve rendere civilmente responsabile lo Stato. Questo, come depositario e regolatore supremo del patrimonio pubblico, diciamo col Sourdat, è responsabile delle malversazioni, omissioni, negligenze o imprudenze dei suoi agenti, quando ne risulti un danno ai privati. Così, il tesoro pubblico è responsabile del pagamento irregolare di arretrati di rendita effettuato in seguito ad abuso di funzione di uno dei suoi impiegati, e della sottrazione di un certificato di rendita da parte di un impiegato al quale venne consegnato per operare il trasferimento o la regolarizzazione (1).

Anche la suprema corte torinese ritenne la irresponsabilità dello Stato per la custodia dei depositi (2); ma nella specie che formò obbietto della decisione il furto era stato commesso nell'ufficio d'istruzione, con guasto della cassa forte. In questo caso non può esservi responsabilità per alcuno, perchè il fatto deve eguagliarsi al caso fortuito (3).

22. È stata riconosciuta la responsabilità dello Stato per le sottrazioni commesse dagli ufficiali postali nel servizio dei *vaglia* (4), pei pagamenti fatti al ricevitore del registro

---

(1) Op. cit., n. 1313 e seg. dove sono citati tre arresti della Corte d'appello di Parigi pronunziati in tal senso.

(2) Decis. 20 agosto 1902 (*La Giur.*, 1902, 1401).

(3) Conf. Genova, 23 novembre 1901 (*T. Gen.*, 1901, 694).

(4) Catanzaro, 21 dicembre 1893 (*Giur. It.*, 1894).

Digitized by Google

e che non figurano nelle matrici o nei campioni (1). Ma riguardo a tali pagamenti non possiamo non occuparci di un principio che ha inteso introdurre la Suprema Corte romana per eludere le azioni dei privati; intendiamo parlare del controllo che si pretenderebbe dovesse essere esercitato dai privati sull'operato degli agenti delegati alle riscossioni.

Per giustificare taluni pagamenti fatti ad un ricevitore demaniale si produssero le bollette dal medesimo rilasciate ed il giudice di merito ne riconobbe la validità. Ma siccome l'articolo 279 del Regolamento sulla contabilità dello Stato dispone che i ricevitori debbano staccare le quietanze da appositi registri a *madre* e *figlia*, così è logico che ciascuna *figlia* debba avere esatto riscontro con la *madre*. « Osserva però il supremo collegio, che è erroneo il concetto della Corte di merito, che quando un contabile, di fronte al privato apparentemente fa mostra di eseguire la legge, le conseguenze dell' operato doloso del contabile non debbono rimanere a carico del privato, ma dell'amministrazione, sia perchè il privato non è obbligato a controllare l' operato dell'agente, e sia perchè l'amministrazione deve rispondere del malfatto dei suoi agenti nell'esercizio delle funzioni ad essi affidate. Imperocchè indipendentemente da ogni altra considerazione, se dalla legge è prescritto ai debitori dello Stato di ritirare le quietanze staccate dal registro a madre e figlia per potere essere liberati e se non si ammette l'ignoranza della legge, ove accada quello che nella specie si è verificato, che dal debitore dello Stato non si sia usata la vigilanza di controllare l'operato del contabile nell'atto che eseguisce i pagamenti, deve a sè imputare il danno cagionatogli dal contabile, e non può addossare la responsabilità allo Stato, che colla legge stessa gli aveva somministrato il modo di essere sicuro di non soffrire danno per mezzo del contabile » (2).

La Direzione del *Foro italiano* osserva che la quistione, nei *predetti termini precisi e rigorosi*, *non aveva precedenti* — e veramente, diciamo noi, non poteva averne!

---

(1) Cass. Roma, 16 agosto 1899 (*Giur. It.*, 1899, 865).
(2) Decis. 15 maggio 1894 (*F. It.*, 1894, 1, 1185).

Digitized by Google

Anzitutto, il regolamento stabilisce il modo, la forma con cui debbono essere rilasciate le quietanze, ma non sottopone il debitore alla condizione del controllo di cui parla il supremo collegio. Quando al debitore si consegna una bolletta staccata dal registro e firmata dall'agente della riscossione, quello ben ha ragione di ritenere che tutto vada in regola. Eppoi, quand'anche, per mera ipotesi (1), fosse praticamente possibile quel controllo, non tutti coloro che fanno pagamenti sarebbero in grado di farlo. A dir vero, pel decoro di un alto consesso giudiziario, desidereremmo che decisioni di simil fatta non venissero pronunziate!

23. Lo Stato è responsabile dei depositi fatti presso i regi consoli all'estero, nel fine che tali depositi di somme o di altri valori vengano spediti in Italia per essere consegnati agli eredi ai quali appartengono (art. 106 regolamento cons.). Si è opposto trattarsi di atto d'impero; ma la suprema Corte romana ritenne trattarsi di semplice custodia di cose depositate ed essere quindi applicabili le disposizioni del Codice civile (2).

24. Però, in materia di depositi, la responsabilità della pubblica amministrazione esiste sempre nei limiti dell'articolo 1153 del Codice civile, cioè, in quanto il danno sia stato cagionato nell'esercizio della funzione, volgendo questa ad un fine colpevole. Ora, il funzionario che usurpa le funzioni altrui commette danno fuori l'esercizio della propria funzione. Fu con ragione quindi negata la responsabilità dello Stato in una specie in cui la somma da depositarsi presso la Cassa di depositi e prestiti era stata consegnata, nell'ufficio d'Intendenza, ad un funzionario che non aveva

(1) Diciamo per mera ipotesi, perchè se ciò sia possibile possono attestarlo tutti coloro che son costretti di rimanere dietro gli sportellini, larghi pochi centimetri, onde eseguire i pagamenti, talvolta senza potere nemmeno bene osservare nè chi riscuote, nè i registri che tiene innanzi a sè.

(2) Decis. 4 maggio 1900, Sez. unite (*F. It.*, 1900, 1, 514); Conf. Roma, 27 giugno 1899 (*F. It.*, 1899, 1, 1058); 17 ottobre 1902 (*Ibid.*, 1903, 1, 381); Cass. Roma, 31 dicembre 1903 (*Ibid.*, 1904, 1, 276).

Digitized by Google

qualità per riceverla (1). Ed in generale, dei depositi non fatti nelle mani di coloro che debbono riceverli non risponde lo Stato (2); nè risponde se non siano fatti a norma delle leggi e dei regolamenti (3).

25. Non bisogna confondere gli agenti della pubblica amministrazione con le persone che prestano ad essa l'opera loro e che sono dei semplici locatori d'opera. Così, il maestro comunale risponde personalmente del danno cagionato agli alunni in qualsiasi modo; è un professionista che loca l'opera sua. Invece, i bidelli delle scuole sono preposti a quel servizio; e di conseguenza se per loro incuria un alunno riceva danno da un altro, è civilmente responsabile il Comune (4). Secondo la Corte di Milano (5), non avrebbe luogo tale responsabilità perchè il provvedere all'istruzione elementare è atto d'impero; ma del valore di questo argomento abbiamo detto abbastanza.

CAPITOLO XV.

RESPONSABILITÀ PEL DANNO CAGIONATO DA ANIMALI.

1. *Responsabilità che la legge stabilisce pel danno cagionato dagli animali.*
2. *È ammessibile la prova tendente ad escludere la colpa del proprietario dell'animale.*
3. *Continua.*
4. *Continua.*
5. *Continua.*
6. *Ipotesi diverse di responsabilità pel danno cagionato da animali.*
7. *Continua.*

---

(1) Cass. Roma, 27 aprile 1878 (*F. It.*, 1878, 1, 675).

(2) Trani, 7 aprile 1880; Perugia, 10 gennaio 1881 sopra cit.

(3) Genova, 19 marzo 1886 sopra cit.

(4) Cassaz. Torino, 31 dicembre 1902 (*Giur. It.*, 1903, 371); Brescia, 22 giugno 1903 (*Filangieri*, 1904, 62).

(5) Decis. 10 dicembre 1901 (*Mon. Mil.*, 1903, 152).

Digitized by Google

8. *Ipotesi in cui sia concorsa la colpa del danneggiato.*
9. *Danno cagionato da animali pascolanti in branco.*
10. *Responsabilità di chi si serve dell'animale.*
11. *Danno cagionato dagli animali che si consegnano al colono.*
12. *Danno prodotto da animali ad altri affidati.*
13. *Continua.*
14. *Continua.*
15. *La responsabilità del proprietario dell'animale può essere modificata da speciale convenzione?*
16. *Quando i terzi si rendono responsabili insieme al proprietario dell'animale o a chi se ne serve.*
17. *Danno cagionato nell'esercizio della caccia.*
18. *Continua.*
19. *Danno recato da movimento di* omnibus *tirato da animali.*
20. *Quando l'obbligo di risarcire il danno sia solidale.*
21. *Ipotesi di fuga o di smarrimento di animali: quando la padronanza s'intende cessata?*
22. *Continua.*
23. *Continua.*
24. Quid *per gli animali di cui si servono i militari per i diversi servizii.*

1. Per mezzo delle cose che ci appartengono, può essere recato danno ad altri. Una prima ipotesi è quella del danno che possono recare gli animali, e per cui è responsabile il padrone o chi se ne giova. Il proprietario di un animale o chi se ne serve, pel tempo in cui se ne serve (1), è obbligato pel danno cagionato da esso, tanto se si trovi sotto la sua custodia, quanto se siasi smarrito o sia fuggito (art. 1154, fr. 1385). La responsabilità è fondata sulla presunzione di colpa; se non può essere attribuita a questa causa, è un fatto accidentale (2). Il danno dev'essere attribuito o alla mancanza di guardia e di vigilanza per parte del padrone o alla temerità o poca accortezza di colui che si è servito dell'animale, e perchè d'altronde, in tesi generale, nulla di ciò che appartiene ad una persona può nuocere impunemente ad un'altra (3).

---

(1) È esclusa quindi la responsabilità collettiva. V. LAURENT, XX, n. 627; DEMOLOMBE, VIII, n. 639 *bis;* LAROMBIÈRE, art. 1385, n. 1; CHIRONI, *Colpa extr.*, n. 361.

(2) TARRIBLE, nella *Relaz. al Trib.*, sed. 19 piov., XII.

(3) BERTRAND DE GREVILLE, nella *Relaz. al Trib.*, sed. 16 nov., XII.

Digitized by Google

È il danno contemplato dalle leggi romane: *pauperies*. *Pauperies est damnum sive injuria facientis datum: nec enim potest animal injuriam fecisse, quod sensu caret* (1). L'azione di risarcimento rimonta alla legge delle XII tavole; *quae lex voluit,* dice Ulpiano, *aut dari quod nocuit, id est animal, quod noxiam commisit; aut aestimationem noxiae afferre* (fram. cit.). Nel diritto odierno, il proprietario dell'animale non può liberarsi mercè l'abbandono che ne voglia fare al danneggiato; comunque commesso il danno, debb'essere risarcito col mezzo pecuniario. Il danno può essere cagionato da qualunque specie di animali, sia che agiscano secondo i loro naturali istinti, *secundum naturam*, ovvero nella maniera colla quale non sogliono naturalmente agire, *contra naturam* (2).

2. La responsabilità del proprietario dell'animale è fondata sopra una presunzione di colpa; ma, nel silenzio della legge, dottrina e giurisprudenza sono stati concordi nello affermare essere ammessibile la prova in contrario. Se non che tale prova ora si è limitata alla giustificazione del caso fortuito, della forza maggiore o della colpa del danneggiato medesimo (3); ed ora si è estesa anche alle giustificazioni

---

(1) Fr. 1, pr., Dig., 9, 1.

(2) Fr. 1, §§ 4 e 7, Dig., 9, 1. Paolo, *Sent.*, lib. I, tit. 15. Ferrini si domanda che cosa si debba intendere per *danno cagionato dall'animale*, e ne tratta a proposito di una specie in cui un animale era stato per favore collocato in una stalla, ove si ammalò di morva e morì; ma nel frattempo uno dei cavalli collocati nel resto della stalla si ammalò dello stesso morbo ed anch'esso morì. Il proprietario del secondo animale sperimentò azione di risarcimento contro il proprietario dell'altro animale; l'azione venne accolta ed il Ferrini approva la soluzione, pel motivo che l'art. 1154 si rannoda all'azione *de pauperie*, della quale venne meno nel diritto moderno il concetto del *fatto dell'animale*, tanto che non si parla più del danno *secundum naturam (animalis)* e del danno contro *ejus naturam*. La frase *cagionare un danno*, osserva con ragione il predetto scrittore, è molto comprensiva ed assai più lata dell'antica *damnum dare*. V. monografia citata, n. 160.

(3) Demolombe, VIII, n. 654; Aubry e Rau, § 448; Marcadé, articolo 1385, § 1, e parecchie decisioni della Cassazione francese.

Digitized by Google

che il proprietario dell'animale non sia stato in colpa, avendo preso tutte le precauzioni necessarie affinchè danno non fosse stato commesso dall'animale (1).

3. Quest'ultima opinione è conforme al testo ed ai principii. Se la responsabilità è fondata sulla colpa e la prova contraria non è vietata dalla legge, la presunzione è *juris tantum* (2); e l'argomento che s'è voluto ricavare dal non essere stata concessa la prova contraria ai padroni e committenti può ben essere invocato per sostenere che, nel silenzio della legge, tale prova spetti al proprietario del-

---

(1) COLMET DE SANTERRE, V, n. 366 *bis;* LAURENT, XX, n. 626; SOURDAT, n. 1431 e segg.; FROMAGEOT, *Della colpa,* n. 161; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis,* II, n. 963; DEMANTE, *Corso anal.*. V, n. 366 *bis;* GIORGI, V, n. 176; e *Foro It.,* 1890, 1348. Nello stesso senso parecchie decisioni di Corti francesi. *Adde:* Torino, 7 marzo 1877 (*Giur. It.*, 1877, 538); 29 maggio 1899 (*F. It.*. 1899, 1, 977); Genova, 1° dicembre 1899 (*Ann.*, 1899, 481); Cass. Firenze, 23 luglio 1900 (*Legge.* 1900, 2, 729); Milano, 22 novembre 1899 (*Mon. Trib.*, 1900, 793). Chironi par che respinga qualsiasi concetto di presunzione di colpa, anche semplice, e ponga il fondamento della responsabilità nell'obbligo di rispondere dei fatti illeciti di cui son causa gli animali dai quali si trae il servizio. V. *Colpa extr.*, n. 359; ma allora non sarebbe stato necessario uno speciale testo di legge. Osserva anche il Ferrini (op. cit., n. 158) che non sia il caso di parlare di presunzione di colpa, essendo la disposizione della legge giustificata da un riguardo obbiettivo di equità per l'opportuna distribuzione della perdita e del vantaggio. Colui che gode dell'animale, che ne trae profitto, utilità, servizio, deve sopportare i nocumenti arrecati, anzichè il terzo: *quem sequitur commodum eum tenet incommodum;* e quantunque in molti casi possa esservi colpa del proprietario dell'animale, la responsabilità è indipendente da tale elemento subbiettivo — Questa opinione non crediamo possa accogliersi, e lo stesso scrittore, mentre critica la teoria della presunzione della colpa, osserva che l'art. 1154 va preso in istretta correlazione coll'antecedente 1153. Ma altro è una semplice correlazione ed altro è trarre argomento *sicuro* (op. cit., n. 159) che possa applicarsi l'art. 1153 e negare la prova di non aver potuto evitare il danno prodotto dall'animale.

(2) Milano, 15 aprile 1903 (*Mon. Trib.*, 1904, 272); 21 luglio 1904 (*Filangieri.* 1904, 868); Napoli, 1° agosto 1904 (*Legge,* 1904, 2020); Cassazione Torino, 27 gennaio 1905 (*Giur. It.*, 1905, 598). Ma è un manifesto errore quanto è stato giudicato dalla Corte di Trani, cioè che la colpa del proprietario dell'animale debb'essere provata. V. decis. 27 ottobre 1899 (*Riv. Trani,* 1900, 31).

Digitized by Google

l'animale. Non si comprende perchè la prova contraria debba essere limitata al caso fortuito, alla forza maggiore, alla colpa del danneggiato; e molto meno si comprende quella interpretazione per cui il proprietario dell'animale sarebbe sempre responsabile del danno, in omaggio al principio che la persona la quale abbia i *commoda* della cosa debba altresì sopportare gl'*incommoda* che dalla medesima derivano. Giorgi (1) ha criticato la predetta interpretazione facendo rilevare come l'art. 1154 sia collocato sotto la rubrica dei delitti e quasi delitti e la responsabilità dell'animale sia fondata sopra una presunzione di colpa per difetto di custodia, di vigilanza; e la presunzione è diversa da quella stabilita pei padroni e committenti.

Le leggi romane sono abbastanza esplicite sull'assunto, Ulpiano contempla l'ipotesi in cui l'animale sia stato istigato da qualcuno e gli abbia prodotto danno; nel quale caso il danneggiato non può chiedere risarcimento: *sed et si instigatu alterius fera damnum dederit cessabit haec actio* (2).

4. Come osserva il Giorgi (3), l'ultimo inciso della relazione di Bertrand de Greville, dov'è detto che, in generale, nulla di ciò che appartiene ad una persona può impunemente nuocere ad un'altra, s'è invocato dai sostenitori della teoria dei *commoda* e degl'*incommoda*. Ma equiparare la responsabilità dei padroni e committenti a quella dei proprietarii di animali, sarebbe lo stesso che far dell'art. 1154 una disposizione draconiana. Se ai padroni e committenti, osserva il predetto scrittore, è vietata la prova, ciò nasce dal testo esplicito dell'art. 1153 capov. ult. e si può spiegare pensando che i domestici e i commessi non sono come gli animali *qui ratione carent;* laonde non fanno sospettare quei pericoli che si hanno a temere dagli animali. Tuttavia la disposizione è già abbastanza gravosa, e bisogna dire *dura lex sed lex*. Ma l'estendersi il divieto della prova al

(1) Loc. cit.
(2) Fr. 1, § 6, Dig., 9, 1.
(3) V. *Foro It.*, 1890, 1, 348

Digitized by Google

proprietario od all'utente dell'animale sarebbe stato assolutamente incompatibile, ed il Codice non lo ha fatto (1).

E se il danno non ha potuto essere evitato malgrado la vigilanza dell'uomo prudente, osserva con ragione il Sourdat (2), non è il caso di dire che il danno sia avvenuto per caso fortuito o per forza maggiore, e comunque avvenuto, non sarebbe ingiusto di metterlo a carico del proprietario dell'animale? L'assenza di ogni colpa ci libera dalla responsabilità pei nostri fatti personali; e, di regola, anche dalla responsabilità per fatto altrui. Il padre e l'istitutore, nota il predetto scrittore, possono eccepire di non aver potuto impedire il danno cagionato dai figliuoli o dagli allievi. I padroni e committenti non possono farlo; ma a causa di una regola speciale, che trae la sua ragione dalla relazione giuridica che intercede tra tali persone ed i loro preposti e domestici. Ma ciò non può dirsi del proprietario dell'animale, mancando l'analogia col committente; anzi, l'analogia esiste con una disposizione di legge che riguarda il danno prodotto dalle cose inanimate, come dalla rovina di un edifizio, per cui il proprietario del medesimo è responsabile semprechè la rovina siasi verificata per mancanza di riparazione o vizio di costruzione (art. 1155, fr. 1386).

Adunque, come dicevamo sin dal principio, l'argomento che vorrebbe desumersi dal testo della legge, cioè di non essere stata riservata la prova contraria dall'articolo 1154 non è attendibile. Bisogna, come dice il Sourdat (3), argomentare in senso contrario, e dire che secondo lo spirito della legge, e conforme all'insieme delle disposizioni su questa materia, non havvi presunzione assoluta che riguardo ai padroni e committenti.

5. Come osserva anche il Giorgi (4), la difficoltà di provare non essere stato in colpa il proprietario dell'animale, ha fatto conchiudere qualche scrittore per l'inammessibilità

(1) Loc. cit.
(2) Op. cit., n. 1431.
(3) Loc. cit.
(4) Loc. cit.

Digitized by Google

della prova medesima. Invano, dice il Marcadé, il proprietario offrirebbe di provare che abbia fatto tutto ciò che era possibile per impedire il danno, perchè o non ha preso tutte le precauzioni che la prudenza esigeva, ed è in colpa, ovvero si tratta di un animale talmente cattivo che tutte le precauzioni immaginabili per impedire il danno erano inefficaci, ed allora è in colpa per averlo conservato (1). Al che risponde il Laurent (2) che i dilemmi sono eccellenti in teoria, ma la vita pratica con le infinite sue particolarità sfugge ai medesimi. Ma anche questo dissidio tra la teoria e la pratica non esiste, nè può esistere, ed il dilemma del Marcadé è erroneo perchè contempla due casi di colpa, mentre havvene un terzo, cioè quello in cui il proprietario dell'animale giustificherebbe di aver prese tutte le precauzioni possibili, e l'animale stesso non sarebbe stato d'indole cattiva. Perchè non potrebbe fare questa prova? Forse perchè sarebbe una prova negativa? Ma con ragione risponde il Sourdat (3) che a questa obbiezione ha risposto l'art. 1384 (it. 1153), permettendo la prova contraria ai genitori, tutori ed istitutori. La patria giurisprudenza, come abbiamo veduto, ha ammessa la prova dell'assenza di colpa nel proprietario dell'animale. In tali casi bisogna considerare il danno come avvenuto per caso fortuito o forza maggiore. « Sonovi movimenti dell'animale che non si possono prevedere e regolare; l'uomo non può esserne responsabile, come non lo è dell'azione degli elementi, quando da parte sua non abbia occasionato o aggravato il danno » (4).

Ciò premesso, non crediamo sia da approvarsi quanto ebbe a giudicare la Corte d'appello di Torino (5), cioè, essere responsabile il proprietario del cane, il quale improvvisamente diventato idrofobo, morde una persona che rimanga vittima. Invece ammettiamo la responsabilità se il padrone avesse lasciato il cane vagante, perchè allora vi sarebbe

(1) Loc. cit.
(2) Loc. cit.
(3) Op. cit., n. 1432.
(4) SOURDAT, loc. cit.
(5) Decis. 23 dicembre 1878 (*Giur. It.*, 1879, 386).

Digitized by Google

colpa (1), tranne che fosse di notte, in fondo chiuso, dove i cani giovano per custodia (2). Nè crediamo possa ritenersi responsabile il padrone del cane idrofobo, il quale fugga da casa senza che possa essere raggiunto (3), tranne che dalle circostanze risultasse la colpa del padrone, la quale colpa debb'essere dimostrata da chi l'assuma.

6. Secondo il Sourdat (4), il proprietario è sempre responsabile, quantunque la idrofobia si fosse rapidamente sviluppata. D'accordo col predetto scrittore che se la malattia, come ordinariamente suole avvenire, si manifesti con sintomi che non debbono sfuggire al padrone del cane, il detto padrone è in colpa se non lo abbia chiuso, in maniera che in qualsiasi evento non potesse recare nocumento ad alcuno. Ma se il cane morda per effetto di una manifestazione impreveduta della malattia, in tal caso, dire che il padrone sia responsabile perchè ordinariamente si ha l'abitudine di lasciare i cani vaganti, non è risolvere la quistione, perchè in tal caso la colpa del padrone è evidente. Noi supponiamo che il padrone soleva usare tutta la cura possibile nel tenere l'animale; ed in tale supposto, perchè renderlo responsabile di un fatto per lui imprevedibile?

Taluni animali, come i cavalli, sono per loro natura mansueti; il che non toglie che ve ne siano di natura cattiva e che non si lascino governare. Senza dubbio, anche animali d'indole quieta possono talvolta recare danno. Un cavallo abitualmente quietissimo può mordere o tirar calci per un subitaneo dolore derivante anche dalla punzecchiatura di una mosca. Se ciò sia provato dal proprietario, questi non dovrebb'essere dichiarato responsabile, il fatto potendosi eguagliare al caso fortuito. Ma quando l'animale sia di natura cattiva, chi non voglia imbattere in responsa-

---

(1) Genova, 14 aprile 1894 (*F. It.*. 1894, 1, 638).

(2) Con ragione quindi il Chironi ammette la responsabilità del padrone del cane lasciato per custodire, se l'animale danneggi persone che accedano per motivi plausibili. V. *Colpa extr.*, n. 371.

(3) Cassaz. Torino, 8 agosto 1900 (*Legge*, 1900, 2, 731).

(4) Op. cit., n. 1439.

Digitized by Google

bilità non deve farne uso (1). Ed in generale, noi dobbiamo far sì che i nostri animali siano tenuti in condizione da non recar danno.

7. Il quale danno può essere prodotto da cause diverse: *si qua lascivia, aut pavore aut feritate pauperiem fecerint* (2). Un toro inferocisce contro una persona che ne rimane uccisa. Fu provato che, malgrado avesse senza provocazione assalito e ferito altre persone, il proprietario aveva continuato a tenerlo sciolto e così mandato al pascolo, e perciò fu dichiarato responsabile dalla Corte di Parigi. Toullier, approvando tale decisione, osserva che se il padrone del toro l'avesse menato al pascolo col suo armento in un fondo chiuso, in modo da impedirne l'entrata, non sarebbe stato allora imputabile di veruna colpa se un cacciatore vi fosse entrato e ne fosse stato assalito. Egli non aveva diritto di entrare nel campo, ed il padrone aveva il diritto di tenervi il toro (3). Anzi, nell'ipotesi predetta, se il cacciatore avesse ucciso il toro, il proprietario di questo dovrebb'essere risarcito, perchè il cacciatore si è trovato nella necessità di uccidere l'animale per sua colpa, e delle conseguenze di questa ciascuno è tenuto (4).

Così, è stato più volte giudicato che i proprietari di alveari debbono tenerli in luoghi alquanto isolati e non prossimi alla via pubblica, e che in ogni caso quando si raccoglie il miele, occorre avvertire i passanti per non essere punzecchiati (5); ed il proprietario degli alveari deve provare di aver fatto quanto era in suo potere per evitare il danno (6). È stata ritenuta la responsabilità dei proprietari di alveari anche nei due giorni assegnati dalla legge (art. 713 C. c.) per inseguire lo sciame (7). E Chironi osserva che gli alveari debbono essere lontani dai fondi alle cui piantagioni possono

(1) Sourdat, n. 1440; Parigi, 10 agosto 1867 ivi cit.
(2) *Inst.*, IV, 9, proem.
(3) Loc. cit., n. 316. Conf. Sourdat, n. 1447.
(4) Toullier, Sourdat, loc. cit.
(5) V. le decisioni citate dal Sourdat, n. 1441.
(6) Trib. di Termini Imerese, 9 agosto 1898 (*F. Sic.*, 1898, 583).
(7) Cass. Roma, 31 dicembre 1903 (*F. It.*, 1904, 1, 410).

Digitized by Google

recar danno, e che il giudice deve tener conto della vicinanza dei medesimi, del loro numero, delle coltivazioni vicine e di tutte le altre circostanze (1).

8. Nessun dubbio che se l'animale sia stato molestato o in qualunque modo eccitato e quindi abbia prodotto danno; ovvero se in qualunque modo il fatto sia avvenuto per colpa del danneggiato, questi non possa domandare risarcimento, dovendo imputare a propria colpa il fatto dannoso. Ed abbiamo veduto come dottrina e giurisprudenza siano concordi su tal principio (2). *Quod quisque ex culpa sua damnum sentit non intelligitur damnum sentire* (3). Ma non sempre è agevole di determinare se il danneggiato sia in colpa, ed occorre che l'equità abbia larga parte in tali apprezzamenti di mero fatto. Dalle leggi romane possiamo attingere utilissimi esempi.

Il padrone dell'animale risponde del danno che questo abbia prodotto anche *contra naturam;* risponde ancora, secondo Ulpiano, verso colui che carezzando l'animale riceve dei calci: *at si cum equum permulinet quis, vel palpatus est, et calce eum percusserit, erit actioni locus* (4). Può dubitarsi se tale soluzione sia da accogliersi, ed infatti Domat ritiene che il danneggiato, nell'ipotesi predetta, sia stato imprudente (5); e della stessa opinione è il Sourdat (6) — Curiosa è l'ipotesi contemplata da Alfeno: *Agaso cum in tabernam equum deduceret, mulam equus olfecit, mula calcem rejecit et crus Agasoni fregit. Consulebatur possetne cum domino mulae agi, quod ea pauperiem fecisset? Respondi posse* (7). Ma non parci giusta la soluzione; la colpa, senza dubbio, era del proprietario del cavallo, e ben dice Gotofredo: *sua enim*

---

(1) Loc. cit. V. anche le decisioni citate da SOURDAT, n. 1442. *Adde:* Cass. Roma, 1° agosto 1894 (*F. It.*, 1894, 1, 1189).

(2) Fr. 203 Dig., *De reg. jur.* Conf. PAOLO, *Sent.*, lib. I, tit. XV, n. 3.

(3) Op. cit., n. 372.

(4) Fr. 1, § 7, Dig. 9, 1.

(5) Op. cit., lib. II, tit. VIII, sez. 2ª, n. 7.

(6) Op. cit., n. 1446.

(7) Fr. 1, § 5, Dig. 9, 1.

Digitized by Google

culpa videtur infortunium sibi quaesivisse (1). Infatti, in ipotesi identica, Ulpiano decide che responsabile debb'essere il proprietarlo dell'animale che abbia eccitato l'altro: *et, si alia quadrupes aliam concitaverit ut damnum daret, ejus quae consisterit, nomine agendum est* (2). E questa era la opinione che può dirsi classica, come sorge dal § 11 del fram. 1° Dig. 9, 1, in cui Ulpiano accetta la distinzione di Quinto Mucio sulla responsabilità dei proprietari di montoni e di buoi che si aggrediscono reciprocamente: *si quidem is periisset qui adgressus erat, cessaret actio; si is qui non provocaverat, competeret actio.* È vero che a questo modo si applica ai bruti ciò che suole applicarsi alle azioni degli uomini (3); ma dovendo determinare la responsabilità degli uomini pel danno commesso dalle loro bestie, la soluzione non potrebb'essere diversa (4). E se ignorasi quale sia stato l'animale aggressore, il danno non può considerarsi se non come avvenuto per caso fortuito (5).

9. Sourdat (6) ricorda gli usi esistenti in certi paesi di mettere gli animali in comunione per pascolare, lasciandoli senza custodia giorno e notte; nel quale caso nessuno dei proprietari può esercitare azione di danno contro l'altro. La Cassazione (2 luglio 1881) e la Corte di Pau (15 novembre 1886) hanno accolto tale principio, perchè la responsabilità del proprietario dell'animale essendo fondata sulla colpa per difetto di sorveglianza, nella specie i diversi proprietari debbono essere considerati come reciprocamente esonerati da qualsiasi responsabilità, essendosi tutti costituiti in condizione di impossibilità ad impedire il danno. Eccezione sarebbe a farsi soltanto se potesse provarsi quale fosse stato l'animale aggressore, provando il vizio che aveva e quindi

(1) Nota al fr. cit. Toullier ricorda il caso e pare che implicitamente ne accetti la soluzione. V. n. 316.

(2) Fr. 1, § 8, Dig. 9, 2.

(3) Toullier, n. 316.

(4) Toullier, loc. cit., Sourdat, n. 1448.

(5) Sourdat, n. 1168; Giorgi, V, n. 396; Chironi, *Colpa extr.*. n. 368; Ferrini, monogr. cit., n. 161.

(6) Loc. cit.

Digitized by Google

la colpa del padrone per averlo introdotto nell'armento comune.

E del danno recato da animali in branco appartenenti a più persone, rispondono costoro solidalmente, salvo prova in contrario (1). L'articolo 3 della legge francese 4 aprile 1889 stabilisce che *les propriétaires de chèvres conduites en commun sont solidairement responsables des dommages qu'elles causent.* Osserva il continuatore dell'opera del Sourdat che uno dei proprietari non potrebb'essere ammesso a provare che le sue capre non abbiano partecipato al danno (2). Però, in difetto di un testo di legge, la soluzione non potrebb'essere la stessa; infatti lo stesso scrittore osserva che se gli animali siano diversi dalle capre, come montoni, buoi, vacche, la responsabilità dei diversi proprietarii resta sottoposta alle regole del diritto comune, e la quistione di solidarietà va risoluta con una distinzione. Se sia possibile riconoscere quali animali abbiano commesso il danno, ogni proprietario ne risponde in proporzione del danno stesso; altrimenti tutti dovranno essere dichiarati solidalmente responsabili. Ed in questo senso è stato giudicato dalla suprema corte fiorentina, la quale ritenne la responsabilità solidale dei proprietarii, salvo ad indagare tra loro in quale misura ciascuno debba rispondere (3).

10. Al pari del proprietario, chi si serve dell'animale è responsabile del danno che abbia luogo durante il tempo in cui se ne serve, senza che il danneggiato possa rivolgersi al proprietario per essere risarcito (4). Una sola eccezione è da farsi pel caso in cui il padrone dell'animale lo abbia affidato a persona incapace a reggerlo (5). Ma non crediamo ammessibile che il padrone non possa provare la imperizia, la imprudenza di colui al quale l'animale fosse stato

(1) Aquila, 14 aprile 1905 (*Giur. It.*, 1905, 468).

(2) Op. cit., n. 1419.

(3) Decis. 9 maggio 1895 (*Legge*, 1895, 2, 293).

(4) Demolombe, VIII, n. 639 *bis;* Aubry e Rau in Zachariae, loc. cit.; Sourdat, n. 1409; Larombière, loc. cit.

(5) Sourdat, loc. cit.

Digitized by Google

affidato (1). Altro è l'avere affidato l'animale a persona che non avesse la dovuta perizia o che fosse imprudente nel reggerlo, ed altro quando la persona era evidentemente disadatta. Nella prima ipotesi non può ritenersi responsabile il proprietario dell'animale, perchè la colpa ricade esclusivamente sopra colui che se ne sia servito e che non doveva servirsene se non ne era capace. Ora, la prova di tale insufficienza perchè non potrebb'essere fatta dal proprietario dell'animale? Anzi, parci logico ritenere che in ogni caso spetti al danneggiato dare la prova dell'insufficienza di colui che si servì dell'animale; ed il risultato di tale prova allora soltanto può essere pregiudizievole al padrone dell'animale quando esso fosse stato in colpa, perchè avrebbe dovuto prevedere il pericolo che poteva derivare dallo avere affidato a persona disadatta l'animale, sia per servirsene, sia per custodirlo.

Non si può, di conseguenza, in modo assoluto (2) escludere la responsabilità del proprietario dell'animale, solo perchè lo abbia locato o prestato ad altri.

11. In quanto agli animali che si consegnano al colono per la coltivazione del fondo, nemmeno può affermarsi (3) che nessuna responsabilità possa addebitarsi al proprietario. Questi è sempre responsabile se, pur conoscendo i vizii dell'animale, abbia costretto il colono a riceverselo (4).

12. Chi affida ad altri un animale può essere responsabile del danno anche per effetto dell'articolo 1153 Cod. civ. (5). Così, è civilmente responsabile il padre che affida al figlio minorenne animali pel pascolo (6), il padrone che affida al

(1) Firenze, 11 dicembre 1900 (*Ann.*. 1900, 533).

(2) Cass. Torino, 6 maggio 1898 (*Filangieri*. 1898, 688).

(3) Firenze, 19 marzo 1904 (*F. It.*. 1904, 1, 874).

(4) Cass. Torino, 17 giugno 1905 (*Filangieri*. 1905, 845). Nel caso che formò obbietto di tale decisione, il colono era ferito a causa di un calcio dell'animale.

(5) Catania, 17 ottobre 1904 (*Giur. Cat.*. 1904, 205).

(6) Cass. Firenze, 9 maggio 1877 (*Ann.*. 1877, 169); Cassaz. Roma, 4 giugno 1888 (*Ibid.*. 1888, 95).

Digitized by Google

domestico la custodia dell'animale (1), i proprietarii di greggi ed armenti per la negligenza dei custodi (2). Ed anche lo Stato pel danno cagionato dai quadrupedi addetti ai corpi militari. Chironi osserva che lo Stato risponde del danno non perchè ai militari abbia commessa la custodia degli animali, ma perchè i militari ne usano per lo scopo che lo Stato loro commette. Se fosse altrimenti, i soldati dovrebbero essere personalmente responsabili del danno (3).

Ed invero, l'art. 1154 presuppone che la persona la quale si serve dell'animale lo faccia liberamente e non mai perchè costretto dall'ufficio, dalla mansione alla quale è dedicato. Così, i militari si servono dei cavalli e dei muli dello Stato perchè vi sono costretti; lo Stato ne è responsabile, osserva il Ferrini (4), perchè oltre all'essere il vero *domino*, è il vero utente degli animali. Ma questa non sarebbe una ragione plausibile, come abbiamo veduto trattandosi di rapporti tra privati; piuttosto, ponendo mente al fatto che al soldato è imposto giovarsi dell'animale; che egli se ne serve non in virtù di contratto, ma perchè così richiede l'indole del servizio che è chiamato a prestare allo Stato, questo deve essere necessariamente responsabile del danno prodotto dagli animali.

Ad analoga conchiusione, continua il Ferrini, devesi pervenire anche nel caso in cui i cavalli siano in proprietà dei militari, perchè « se i militari medesimi se ne valgono per le esigenze del loro servizio, è chiaro che solo materialmente essi possono considerarsi come utenti; in realtà chi se ne vale è lo Stato, al quale pertanto (prescindendo da qualunque ipotesi di colpa da parte dei militari medesimi), spetta la responsabilità » (5). Ma tale opinione è da respingersi come contraria alla lettera ed allo spirito della

(1) Cass. Firenze, 27 maggio 1878 (*F. It.*, 1878, 2, 110); Cass. Torino, 16 maggio 1898 (*Filangieri*, 1898, 698). La Corte di Catania ha erroneamente ritenuto responsabile il solo padrone. V. decis. 20 agosto 1885 (*Giur. Cat.*, 1885, 147).

(2) Aquila, 14 aprile 1905 (*Giur. It.*, 1905, 468).

(3) *Colpa extr.*, n. 367.

(4) Monogr. cit., n. 161.

(5) Loc. cit.

Digitized by Google

legge. Questa parla, in genere, di proprietario dell'animale, senza distinzione per qual fine se ne serva. Può dubitarsi per l'utente che non sia proprietario dell'animale, non pel proprietario stesso. Dal momento che taluno è contento di avere la qualità di ufficiale dell'esercito, qualità per cui gli sia imposto l'obbligo di tenere cavallo per compiere il proprio uffizio, è logico che debba rispondere del danno prodotto dall'animale. La responsabilità dello Stato può essere impegnata per effetto dell'articolo 1153, non mai per l'articolo 1154 Codice civile.

13. Affidandosi l'animale al domestico per custodirlo o per dedicarlo a qualche speciale servizio, è sempre responsabile il proprietario, perchè il servizio si effettua nel suo interesse (1). *Quid* se il domestico o il commesso si servano dell'animale contro la volontà del padrone, quantunque per affari riguardanti l'incombenza data? In tal caso il proprietario non sarebbe responsabile, ma potrebbe rispondere del danno cagionato dal commesso. Che se invece se ne servissero per affari proprii, verrebbe meno anche la responsabilità del proprietario dell'animale; ma non crediamo necessario, in questo caso, che concorra la condizione voluta dal Chironi (2), cioè che il domestico o commesso si giovi dell'animale senza il consenso del padrone; nel qual caso mancherebbe la rappresentanza. Se il padrone lascia che il domestico o il commesso si giovino dell'animale per affari proprii, vien meno qualsiasi responsabilità di esso padrone, perchè dell'animale risponde chi se ne serve. Ciò basta per non richiedere altra condizione.

Lo stesso è a dirsi nel caso in cui il depositario si servisse dell'animale all'insaputa del deponente (3).

Una ipotesi che facilmente può verificarsi è quella in cui l'animale sia dal viandante dato in custodia all'albergatore, perchè lo tenga in istalla. Si afferma che la responsabilità del proprietario o di chi siasi servito dell'animale

---

(1) Laurent, XX, n. 627; Giorgi, V, n. 288; Chironi, op. cit., n. 362.
(2) *Colpa extr.*, n. 364.
(3) Chironi, op. cit., n. 365.

Digitized by Google

rimanga la stessa, perchè la custodia non fa venir meno l'uso (1). A dir vero, questa opinione appare troppo rigorosa. Non può negarsi che l'*uso* non cessi di appartenere a chi giovasi dell'animale, anche quando questo trovasi a riposo, nella stalla; ma allorquando si è per necessità di cose costretti di affidare l'animale all'altrui custodia, come all'albergatore, non parci che la responsabilità debba rimanere la stessa.

Parecchie decisioni sono ricordate dal Sourdat (2), pronunziate nel senso di essere responsabili le persone alle quali è affidata dai viandanti la custodia temporanea degli animali. E si osserva che quando un viaggiatore si reca in un albergo e fa collocare il cavallo nella scuderia dell'albergo medesimo, per attendere poscia ai proprii affari, egli dà necessariamente in custodia il cavallo all'albergatore, il quale accetta tale custodia. L'accettazione implica l'obbligo d'impedire qualsiasi accidente per cui possa essere recato danno all'animale, sia da altri animali o da persone che pratichino nell'albergo, e viceversa. E tale obbligazione si ritiene analoga a quella degli albergatori per i danni cagionati alle cose dei viandanti. Una sola limitazione può esser fatta pel caso in cui il viandante non abbia reso edotto l'albergatore dei vizi dell'animale; ne risponde quello allora perchè in colpa (3).

14. E risponde di fronte a qualsiasi utente dell'animale, se non abbia dichiarato i vizii di quest'ultimo, per effetto dei quali l'utente ebbe a risentire danno (4). Però, siccome tra il proprietario dell'animale e la persona alla quale l'animale è dato in custodia sorge rapporto giuridico d'indole contrattuale, così il proprietario risponde di colpa contrat-

---

(1) LAURENT, loc. cit.; BAUDRY-LACANTINERIE, III, n. 2944; CHIRONI, op. cit., n. 366.

(2) Op. cit., n. 1435 *bis*.

(3) Cassaz. francese 13 dicembre 1893; Digione, 13 novembre 1893; Orléans, 10 dicembre 1896 (citate da SOURDAT, loc. cit.); Cass. Torino, 19 luglio 1904 (*F. It.*, 1904, 1, 1486).

(4) CHIRONI, op. cit., n. 378.

Digitized by Google

tuale verso la persona predetta, nel caso che questa avesse ignorato i vizii dell'animale (1).

15. La responsabilità derivante dal danno prodotto dagli animali può essere modificata da speciale convenzione?

Sourdat (2) osserva che non può rispondersi negativamente, come per l'ipotesi del patto tendente ad escludere la responsabilità dei committenti, dei genitori, istitutori, ecc., perchè non militano le medesime ragioni di ordine pubblico. L'animale non richiede se non quelle cure materiali, che possono essere apprestate da persone di ordinaria capacità, e delle quali può disinteressarsi il proprietario per un motivo legittimo, tranne che la convenzione fosse viziata per causa di dolo o di una colpa originaria. E lo stesso scrittore osserva inoltre, e con ragione, che occorre una convenzione certa, un accordo reale di volontà; e di conseguenza non basterebbe il solo contratto di locazione d'opera tra il padrone ed il domestico o l'operaio. Il solo fatto che il domestico riceve un salario per la custodia dell'animale e per averne cura non basta a rendere il proprietario dell'animale medesimo irresponsabile pel danno che possa soffrirne il domestico. Bisogna esaminare il contratto per vedere se il preposto abbia assunto su di sè i rischi, ovvero se l'accidente fosse dovuto a colpa di esso.

Il conduttore risponde anch'esso personalmente se sprona od aizza l'animale (3), ovvero se non se ne sappia servire; però sempre con le riserve predette.

16. Se il danno prodotto dall'animale sia stato conseguenza del fatto del proprietario stesso o di chi se ne serve, essi sono responsabili per fatto proprio, sia che abbia avuto luogo per colpa ovvero con intenzione di nuocere. E parimenti se l'animale sia stato provocato dal terzo, questi solo ne è responsabile (4). Ma talvolta può avvenire che tanto

(1) Chironi, op. cit., n. 364 *bis*.
(2) Op. cit., n. 1434.
(3) Palermo, 25 febbraio 1896 (*F. Sic.*, 1896, 37).
(4) Cass. Napoli, 18 marzo 1879 (*F. It.*, 1879, 1, 577).

Digitized by Google

il proprietario dell'animale quanto il terzo siano responsabili del danno. Un individuo lascia la carrozza innanti la porta di una casa senza che alcuna persona custodisca il cavallo. Un passante aizza l'animale, che s'adombra e scappando danneggia delle persone. Il proprietario è in colpa perchè lasciò l'animale incustodito, ed è solidalmente responsabile coll'autore del danno (1).

17. L'esercizio della caccia può dar luogo a responsabilità quando l'animale inseguito, p. es., un cignale, un cervo od altro quadrupede, passi nell'altrui proprietà e vi commetta danno. Un esempio tipico è quello addotto dal Sourdat e che formò obbietto di giudicati della Corte di Rouen e della Cassazione. Un cervo inseguito da una muta di cani precipita da una rupe e va a piombare insieme ai cani nel cortile di una casa, dove trovavasi una ragazza sola, la quale ne rimase talmente spaventata da ammalarsi per parecchio tempo. Spiegata azione di risarcimento, il tribunale non ammise la colpa del cacciatore, ma considerò il fatto come conseguenza di caso fortuito. La Corte di Rouen invece e la Cassazione ritennero la responsabilità del cacciatore. L'articolo 11 della legge 3 maggio 1844 prestava anche un argomento in favore di tale opinione, perchè pur non attribuendo carattere di delitto al fatto di aver fatto entrare i cani nell'altrui fondo, inseguendo la selvaggina, riservava espressamente l'azione civile pel caso di danno. Ciò sarebbe bastato a risolvere la questione; ma nel difetto di una simile disposizione di legge, la responsabilità del cacciatore è sempre da ritenersi, in omaggio ai principii sulla responsabilità civile.

Si direbbe per escludere tale responsabilità che il cacciatore esercita un diritto, e che tali accidenti, come quello sopra menzionato, possono verificarsi malgrado tutte le possibili precauzioni senza che al cacciatore possa imputarsi negligenza o imprudenza. La Corte di Rouen, a differenza della Cassazione che limitossi soltanto ad applicare l'art. 11 della legge sulla caccia, rispose all'argomento sopra men-

(1) SOURDAT, n. 1443.

Digitized by Google

zionato: « Visti gli articoli 1382, 1383 e 1385 Codice civile, e l'articolo 11 della legge 3 maggio 1844. Attesochè il fatto della caccia, nelle condizioni stesse del più lecito esercizio di essa, implica sempre la riparazione del danno, di cui sia stato causa ed occasione, ecc. » La quale dottrina è conforme ai principii. La legge, osserva il Sourdat, non riconosce come conseguenza necessaria e legittima dell'esercizio del diritto di caccia la possibilità di cagionare danno ad altri; anzi non ha potuto considerare le conseguenze dannose della caccia se non come un abuso del diritto. « Questo abuso, egli dice, riconosciamo che non è sempre la conseguenza di una colpa ben caratterizzata da parte del cacciatore. Havvi sempre qualcosa che ha del caso fortuito e della forza maggiore; ma come tali inconvenienti in cui entra il caso fortuito sono frequenti e facili a prevedere esercitando la caccia, la legge non ha riconosciuto questo diritto se non a condizione che ciascuno l'eserciti a suo rischio e pericolo e sotto la propria responsabilità » (1).

18. L'anzidetto principio debb'essere applicato in tema di danno commesso dal cacciatore, anche nell'assenza di un testo di legge? Ed il danno può sempre essere considerato come la conseguenza dell'*abuso* di un diritto?

La legge francese del 1844 si riferisce ad un'ipotesi singola di danni: « potrà non essere considerato come delitto di caccia il fatto del passaggio dei cani per l'altrui fondo quando siano sguinzagliati nel proprio fondo per inseguire la selvaggina, salvo l'azione civile, se siavi luogo nel caso di danno » (art. 11). Ma il danno può verificarsi in tanti altri modi. Ora, se il caso fortuito ha sempre qualche parte nella consumazione del danno, la teoria dell'abuso del diritto non parci che possa trovare sempre la logica applicazione nel caso dell'esercizio del diritto di caccia. Certo, ogni diritto si esercita a rischio e pericolo dello agente, e si risponde di colpa grave come di colpa minima; ma può avvenire che colpa non vi sia. Il caso fortuito esclude la colpa, tranne quando l'agente avrebbe dovuto

(1) Op. cit., n. 1444.

Digitized by Google

prevedere che, dando luogo ad una data condizione di cose, casi fortuiti avrebbero potuto verificarsi. Così, esercitando la caccia in luoghi che non siano isolati e dove soglia esservi gente che lavori o che vi transiti o parecchi cacciatori, è probabile che si possa commettere danno. Questo avviene, senza dubbio, per caso fortuito, ma la responsabilità c'è sempre, perchè è sempre responsabile chi si mette in una condizione da non escludere, secondo le giuste previsioni, il danno che possa derivarne. In tali casi non è logico parlare di abuso di diritto, perchè l'abuso presuppone che in un dato momento il diritto sia venuto meno, mentre ciò non avviene pel cacciatore imprudente, come non avviene per qualsiasi persona che imprudentemente eserciti il suo diritto. L'abuso presuppone la coscienza di abusare; ma l'imprudente può dirsi non abbia tale coscienza. Ed appunto il cacciatore non risponde che della propria imprudenza; risponde di colpa aquiliana e quindi anche lievissima. Ma ciò non esclude che possano esservi dei casi in cui non risponda affatto, quando dalle speciali circostanze risultasse che nessuna colpa fosse a lui imputabile.

19. Talvolta il danno è recato dall'animale, ma la responsabilità non è quella preveduta dall'art. 1154 Codice civile; come nei casi in cui il danno avvenga a causa del movimento di un *omnibus* o di un *tram*, che siano tirati da cavalli (1). Fa meraviglia che abbiasi potuto ritenere il contrario (2).

20. Se l'animale appartenga a più persone, o se più persone traggano profitto dell'animale, sono solidalmente obbligate a risarcire il danno (3). Così se l'animale sia dato in comodato, e questo abbia luogo nell'interesse del comodante e del comodatario, entrambi risponderanno in solido (4).

---

(1) Ferrini, monogr. cit., n. 157.

(2) Milano, 30 novembre 1886. Questa decisione fu cassata dalla Suprema Corte tor. V. Cass. Torino, 1° dicembre 1887 (*Filang.*, 1888, 209).

(3) Larombière, art. 1382 e 1383, n. 35; Aubry e Rau, § 445; Giorgi, I, n. 132; Chironi, *Colpa extr.*, n. 470; Ferrini, monogr. cit., n. 161.

(4) Chironi, op. cit., n. 378.

Digitized by Google

Ma se l'interesse sia esclusivamente del proprietario, ne sarà questo solo responsabile? Se io do a Tizio il mio cavallo, dice Ferrini (1), perchè si rechi in un dato luogo nel mio esclusivo interesse, p. e., a fare per me un acquisto, io solo rispondo del danno che nel frattempo per opera dell'animale si verificasse, giacchè sono io in realtà non solo il proprietario, ma anche il vero utente, se, come parmi innegabile, non dobbiamo guardare al fatto materiale, ma piuttosto al fine dell'uso. Naturalmente se il danno avvenisse perchè il cavallo fosse stato mal guidato, ecc., risponderebbe Tizio, ma non in base all'art. 1154, bensì in base agli articoli 1151 e 1152. Da ciò si vede, secondo il Ferrini, come risponder debba il padrone e non il maniscalco, ove il cavallo legato per essere ferrato (senza veruna colpa del maniscalco medesimo) offenda taluno con un calcio. Si vede come il padrone e non il depositario dell'animale (dato che il depositario non versi in colpa e si contenga nei limiti del suo rapporto contrattuale) risponde del nocumento dall'animale medesimo recato, durante il tempo del deposito, giacchè il deposito è nell'interesse del deponente, rispetto al quale continua a ritenersi in servizio l'animale.

Non possiamo aderire all'opinione del Ferrini riguardo alla responsabilità del proprietario dell'animale dato ad altri perchè si rechi in un dato luogo nell'interesse del proprietario medesimo. La legge parla del proprietario dell'animale o di chi se ne serve e pel tempo in cui se ne serve, e non fa alcuna distinzione sul motivo per cui una persona si serve dell'animale altrui; ora, come mai l'interprete può distinguere dove la legge non distingue? In quanto poi al maniscalco ed al depositario, se non rispondono del danno (quando non sono in colpa), ciò ha luogo perchè non usano, non si servono dell'animale, e quindi non può l'art. 1154 ad essi applicarsi.

21. La legge non distingue nè le specie di animali, nè le ragioni per cui si tengono. Determina la responsabilità del proprietario tanto se l'animale si trovi sotto la sua

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

custodia quanto se siasi smarrito o sia fuggito. Ma noi possiamo perdere il dominio degli animali, di qualunque specie essi siano, anche di quelli domestici, dei mansueti, dei mansuefatti e delle fiere. Il fatto dello smarrimento o della fuga non fa venir meno la responsabilità; ma questo principio deve conciliarsi coll'altro, cioè che non avendo più padronanza sull'animale, non si può essere più responsabili del danno che esso possa cagionare. Ed allora occorre indagare quando la padronanza suddetta s'intenda cessata.

Il Codice civile dichiara il termine entro il quale il proprietario di sciami di api possa inseguirli nel fondo altrui; trascorsi due giorni senza che ciò abbia fatto, il proprietario del fondo può appropriarseli (articolo 713). Lo stesso per gli animali mansuefatti, i quali se non reclamati nei venti giorni, appartengono a chi li abbia presi e ritenuti (art. cit.) Si è domandato da quando decorrano i termini suddetti per potersi opporre validamente l'eccezione di non essere più proprietario dell'animale smarrito o fuggito. Chironi (1) non accetta l'opinione del Ricci (2), secondo il quale il termine decorrerebbe dal giorno dello smarrimento o della fuga dell'animale — opinione che trova appoggio in qualche disposizione di Codice straniero (3).

Osterebbe la lettera della legge, la quale, riguardo alle api usò la parola *inseguire* — fatto che il proprietario può compiere da sè; mentre riguardo agli animali mansuefatti usò la parola *reclamo* — il che presuppone il concorso di persone, quella che reclama e l'altra contro cui il reclamo sia fatto.

22. A dir vero, il diverso modo di esprimersi dell'articolo 713 non toglie che ci sia un momento in cui la padronanza sugli animali debba intendersi perduta, o meglio, che il proprietario abbia il diritto di eccepire la perduta padronanza. Non si nega che lo smarrimento o la fuga dell'animale mansuefatto, ancorchè per parte del pro-

(1) *Colpa extr.*, n. 370.
(2) *Dir. civ.*, V, n. 298.
(3) *Cod. austr.*, § 384.

Digitized by Google

prietario non siasi provveduto ad inseguirlo, non faccia per sè perdere la proprietà (1); ma quando il proprietario potrà allegare di averne perduta la proprietà? Chironi nol dice, perchè immediatamente soggiunge: « E in riguardo agli altri animali non mansuefatti, eccezione fatta pel caso particolare delle api, si deve intendere che il fatto della fuga o dello smarrimento, senza che occorra ulteriore ricerca di essi da parte del proprietario, induca l'estinzione del dominio se la natura di essi in relazione alle speciali circostanze di luogo consenta di ritenere che abbiano acquistato la natural libertà. Par quindi che gli animali-fiere riacquistino per via dello smarrimento o della fuga, senza che di essi il proprietario più s'occupi, la loro natural libertà, se indigeni del luogo, così da potervi naturalmente vivere; altrimenti non vi sarebbe per essi possibilità naturale di riacquisto della propria libertà, e non cessano in riguardo al titolare, nè il dominio, nè la responsabilità » (2). Ma pur convenendo su questo punto, rimane sempre a vedere quando il diritto del proprietario dell'animale mansuefatto possa dirsi che venga a cessare; e conveniamo col Chironi avere la quistione un'importanza grande, perchè se la proprietà è estinta, non è obbligato l'antico proprietario di provare il caso fortuito che produsse la fuga o lo smarrimento (3).

Non possiamo però arrestarci al principio che lo smarrimento o la fuga dell'animale mansuefatto non ne faccia perdere la proprietà quand'anche non inseguito; l'applicazione di questo principio ha dei limiti, sia nel fatto che l'animale sia stato da altri preso e ritenuto e non reclamato nei venti giorni, sia nel fatto dell'abbandono che ne faccia il proprietario dell'animale. Ora, il fatto di essere trascorsi venti giorni senza che l'animale sia stato ricercato può essere allegato dal proprietario dell'animale per dimostrare che egli abbia inteso di disfarsene; in guisa che il fatto dell'abbandono, difficile ma non impossibile a provarsi, deve necessariamente presumersi dopo trascorso il termine

(1) Chironi, loc. cit.
(2) Loc. cit.
(3) Loc. cit.

Digitized by Google

di venti giorni dalla fuga o dallo smarrimento. Questo limite venne determinato dal Codice albertino (art. 684), e si è segnato un progresso (1); ma indipendentemente da tale disposizione, il proprietario dell'animale può giovarsi sempre del principio stabilito dalle leggi romane, cioè che gli animali mansuefatti continuano ad essere nostri sino a quando conservano l'abitudine di ritornare sotto il nostro dominio: *nostra esse intelligantur donec revertendi animum habeant; quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium* (2). Ed il proprietario può provare un tal fatto, il quale connesso a quello di essersi disinteressato dell'animale, costituisce la giustificazione di non avere più conservato il dominio dell'animale, e quindi di non rispondere del danno dal medesimo commesso.

23. Ma ben si osserva che noi non possiamo abbandonare l'animale mansueto, mansuefatto o fiera che sia, in maniera che fuggendo o smarrendosi rechi danno agli altri (3). « Sia pure che l'abbandono determini la fine del dominio;

---

(1) Borsari, *Cod. civ.*, § 1524.

(2) Fr. 5, § 5, Dig., 41, 1.

(3) Ferrini contempla l'ipotesi in cui l'animale siasi smarrito o sia fuggito senza colpa di chi lo abbia avuto in custodia, e crede che si è sempre responsabili, perchè « se il nocumento avviene, ciò deriva dal fatto che io tenevo al mio servizio quell'animale che ha potuto (sia pure senza mia colpa) smarrirsi o fuggire ». E soggiunge: « Ho detto *senza mia colpa*, giacchè mi par difficile, di fronte alle espressioni assolute della legge e di fronte alle ragioni teoriche con cui qui si giustifica la responsabilità, concedere al convenuto di sottrarsi all'obbligazione di risarcimento, provando che la fuga o lo smarrimento avvennero per caso fortuito o forza maggiore. Che ciò si sostenga dai fautori della dottrina della *praesumptio culpae*, intendo benissimo; non così che ciò si sostenga da scrittori di diversa opinione, come ad esempio il Chironi. Non è la fuga o lo smarrimento fortuito un caso che rompa il rapporto di causalità fra la situazione antecedente e l'avvenuto nocumento; poichè è anzi un caso che s'innesta nel rapporto anteriore, di cui appare una secondaria modificazione ». Monogr. cit., n. 162 — Secondo il nostro avviso, questa opinione del Ferrini non può accogliersi, in verun caso potendosi rispondere del caso fortuito o della forza maggiore; e ciò è conforme alla dottrina dello stesso scrittore sulla responsabilità in materia di quasi delitti.

Digitized by Google

ma rimane in chi la fa l'obbligazione di non recare ingiuria col suo atto, perchè chi abbandona l'animale che può cagionar danno ai terzi assume a suo carico quelle conseguenze del proprio atto che egli sa o deve sapere. E vi è qui una colpa che mantiene integra la responsabilità speciale non ostante la cessazione voluta del servizio e della possibilità di ricostituirlo » (1).

Come si concilia questa responsabilità col principio per cui se la proprietà è estinta, non occorre che l'antico proprietario nel fine di liberarsi, provi il caso fortuito che cagionò la fuga o lo smarrimento dell'animale; se non lo è, egli non si potrà liberare altrimenti che facendo la prova? (2). Come può permanere una responsabilità pel danno che commette un animale, il quale non sia più nostro?

Parci che la contraddizione si elimini riflettendo che l'avere perduto il dominio dell'animale non tolga che la fuga o lo smarrimento abbia potuto avere luogo per colpa del proprietario medesimo; la presunzione della legge contro di lui rimane sempre qual'era, perchè si riferisce al tempo in cui egli, essendo proprietario dell'animale, aveva l'obbligo della custodia ed era responsabile del danno dall'animale prodotto. A questo modo soltanto può spiegarsi come, malgrado estinta la proprietà, l'antico padrone dell'animale rimanga responsabile pel danno, se non provi che la fuga o lo smarrimento siano stati conseguenza di caso fortuito.

Il dubbio può sorgere sul punto di sapere sino a qual tempo duri tale responsabilità; ed allora, in difetto di un testo di legge, dobbiamo necessariamente ricorrere all'articolo 713 Codice civile e limitarla al tempo necessario per reclamare l'animale.

---

(1) Chironi, op. cit., n. 370 *bis*.
(2) Chironi, op. cit., n. 370.

Digitized by Google

CAPITOLO XVI.

RESPONSABILITÀ PEL DANNO PRODOTTO DALLE COSE INANIMATE.

1. *L'*actio damni infecti.
2. *L'azione di danno temuto nell'odierno diritto.*
3. *Erronea opinione del Chironi riguardo alle persone cui compete l'azione di risarcimento di cui nell'art. 1155 Codice civile.*
4. *Erronea opinione dello stesso autore sul fondamento della responsabilità giusta il predetto articolo.*
5. *Pregiudizio che può essere risentito dai proprietarii di edifizii vicini a quello che minaccia rovina.*
6. *Pregiudizio che può essere risentito dai conduttori. Ipotesi in cui l'edifizio rovinato era soggetto ad usufrutto.*
7. *Continua. L'inquilino può sperimentare la sua azione contro l'usufruttuario locatore?*
8. Quid *pel conduttore dell'immobile che abbia recato danno all'edifizio vicino?*
9. *Ipotesi in cui l'edifizio rovinato appartenga a più proprietarii.*
10. *Danno prodotto dalla rovina di un muro comune.*
11. *Il principio di responsabilità di cui all'art. 1155 Codice civile può applicarsi ai casi di esplosione di macchine, caldaie, ecc.?*
12. *Come dev'essere applicato il principio anzidetto sotto il punto di vista della prova della colpa.*
13. *Continua.*
14. *Distinzione tra l'ipotesi in cui il danno sia prodotto dalla cosa stessa e quella in cui sia prodotto dal fatto attuale dell'uomo.*
15. *La rovina dell'edifizio ha dovuto aver luogo per mancata riparazione o per vizio di costruzione.*
16. *Continua. Erronee opinioni in ordine alla prova che dev'essere fatta dal danneggiato.*
17. *Continua.*
18. *Continua.*
19. *Prova del caso fortuito o della forza maggiore.*
20. *Criterii per la misura del risarcimento del danno.*
21. *Continua.*
22. *Risarcimento dovuto da chi elevi il muro comune producendo danno.*
23. Quid *se l'edifizio fosse in corso di costruzione?*
24. *Trasmessibilità e prescrittibilità dell'azione di risarcimento.*
25. *Azione di regresso che può essere esercitata da un proprietario contro l'altro o contro il precedente proprietario.*

1. Dal principio che ciascuno è obbligato non solo pel danno che cagiona per fatto proprio, ma anche per quello che viene arrecato colle cose che ha in sua custodia (articolo 1113, fr. 1384), segue che il proprietario di un edifizio

Digitized by Google

è obbligato pei danni cagionati dalla rovina di esso quando sia avvenuta per mancanza di riparazione o per un vizio nella costruzione (art. 1155, fr. 1386). Questo articolo contempla l'ipotesi di danno recato dalle cose inanimate che ci appartengono; ma ben si comprende come altre ipotesi possono verificarsi di danno prodotto da cose inanimate e che implichi l'obbligo al risarcimento. La caduta di un albero, il franamento di un terreno ed altri accidenti analoghi, se avvengano per colpa del proprietario, lo rendono responsabile del danno (1). E tale responsabilità ha luogo in tutti i casi in cui si usa delle cose proprie abusandone (2).

Nel diritto romano aveasi l'azione *damni infecti* tendente a garentire colui che dalla caduta di un edifizio avrebbe potuto risentire danno (3); e la garantia consisteva o nel dar cauzione o, in difetto, nell'essere immesso nel possesso dell'immobile (4).

---

(1) Anche la caduta della porta di una casa (Cass. Firenze 23 marzo 1899: *Legge*, 1899, 2, 43), o di una imposta, per cui ne venga danneggiato un passante (Venezia, 16 aprile 1903: *Filangieri*, 1903, 627). Ma non bisogna estendere l'applicazione dell'art. 1155 alla caduta di singoli oggetti, come le tegole; in questo e simili casi deve applicarsi la prima parte dell'art. 1153 (Genova, 25 febbraio 1896: *F. It.*, 1896, 1, 621). Questa decisione è criticata dal Ferrini (n. 165), ma non con ragione, secondo il nostro avviso.

(2) Tale sarebbe il caso di chi ammucchiasse terra nel proprio fondo producendo deviamento di acque in danno dei fondi vicini (Catanzaro, 29 ottobre 1897: *Legge*, 1898, 1, 669); di chi esercitasse la fusione dello zolfo, danneggiando le vicine proprietà (Bologna, 27 dicembre 1885: *F. It.*, 1885, 1, 900); di chi, dissodando il fondo superiore produca franamenti sul fondo inferiore (Cass. Torino, 9 dicembre 1901: *F. It.*, 1902, 1, 367); di chi lasci rovinati gli argini del proprio fondo risentendone danno i fondi sottostanti (Cass. Torino, 20 marzo 1903: *F. It.*, 1903, 1, 850); di chi impianti tende innanzi la propria casa ad un'altezza minore di quella prescritta dai regolamenti municipali, per cui un passante urti e si ferisca (Cass. Roma, 5 giugno 1902: *Giur. It.*, 1902, 898); di chi lasci aperto un vano pericoloso in un passaggio comune per accedere ad un piano superiore, e per cui l'inquilino cada e muoia (Milano, 31 maggio 1901: *Mon. Trib.*, 1902, 134).

(3) *Damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur.* Fr. 2, Dig., 39, 2. *Praetor ait: damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari, jubebo.* Fr. 74, t.

(4) Fr. 4, § 1, Dig., 39, 2.

Digitized by Google

2. Il diritto consuetudinario francese accolse il rimedio stabilito dal diritto romano, tranne per ciò che si riferisce alla immissione in possesso. Fu ammesso che il vicino potesse fare intimazione all'altro vicino nel fine di provvedere alle dovute riparazioni; e, non ottemperandosi alla intimazione, fu riconosciuto al proprietario che avesse avuto timore del danno il diritto di farsi autorizzare dal giudice a fare egli stesso le opere occorrenti nell'edifizio altrui, salvo il rimborso delle spese (1). L'azione *de damno infecto* colla limitazione della quale abbiamo detto, era stata quindi ammessa da parecchie consuetudini e specialmente dalla giurisprudenza dello Châtelet e dal Parlamento di Parigi. Sotto l'impero del codice, l'ammessibilità di tale azione è ritenuta dalla maggioranza degli scrittori. Laurent (2), Baudry Lacantinerie (3), Huc (4), sono stati di contrario avviso, nel silenzio della legge.

Il patrio legislatore ha espressamente contemplata la predetta azione nell'art. 699 cod. civ., stabilendo che colui il quale abbia ragionevole motivo di temere che da qualsivoglia edifizio, da un albero o da altro oggetto sovrasti pericolo di un danno grave e prossimo ad un fondo od effetto da lui posseduto, ha diritto di denunziare il fatto al giudice, e di ottenere, secondo le circostanze, che si provveda per ovviare al pericolo, o s'ingiunga al vicino l'obbligo di dare cauzione pei danni possibili.

È un'azione che compete a tutti coloro che abbiano legittimo e diretto interesse di evitare il danno; di conseguenza può essere esercitata da proprietarii e da semplici possessori, ed anche dai creditori ipotecari (5); e può essere esercitata contro il proprietario, o il possessore o detentore (6) dell'edifizio o dell'oggetto che minaccia rovina. Il

(1) V. Domat, op. cit., p. I, lib. II, tit. VIII, sez. 3ª, § 2.
(2) Op. cit., XX, n. 646.
(3) *Préc.*. II, n. 1386.
(4) Op. cit., VIII, n. 456.
(5) Borsari, *Cod. civ.*, § 1492.
(6) Cass. Napoli, 10 luglio 1880 (*Gazz. Proc.*, 1880, 379). Questa decisione si riferisce a specie in cui trattavasi di possessore *animo domini;* ma anche il semplice detentore sarebbe tenuto al risarcimento.

Digitized by Google

provvedimento del pretore (art. 82 proc. civ.) non può essere se non quello d'ingiungere a che si provveda di evitare il pericolo, ovvero di autorizzare il reclamante a provvedere egli stesso, ovvero di obbligare l'intimato a prestare cauzione. L'immessione in possesso non può ammettersi nel nostro diritto.

3. Chironi nota la differenza tra l'azione contemplata nell'art. 699 Cod. civ., e quella dell'art. 1155 dello stesso codice. La prima essendo concepita in termini generali, si può sperimentare da e contro qualunque proprietario o possessore; la seconda contro il solo proprietario (1). Se ciò è vero, si comprende che l'azione di risarcimento si possa istituire contro il possessore di buona fede, perchè egli possiede, come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio, del quale titolo ignorava i vizii (articolo 701 Cod. civ.). Ma non si comprende punto come la detta azione possa esercitarsi « contro chi abbia della cosa la signoria di fatto, qual possessore legittimo, tenendola allora egli come se fosse proprietario, tantochè non abbia coscienza d'esserlo » (2). Ed ancor meno si comprende come, malgrado la legge parli di *proprietario*, si debba intendere « secondo la ragione ed il fine del procedimento, non che è tale in diritto, ma ancora che ha la signoria di fatto più o meno appariscente e protetta » (3).

Respingiamo assolutamente questa opinione, la quale, come abbiamo veduto, è in contraddizione a quella sostenuta dall'autore medesimo. Nè vale il richiamo al Codice civile germanico (§ 836) ed a quello giapponese (§ 717), perchè nell'uno e nell'altro l'obbligo è imposto tanto al proprietario quanto al possessore.

4. Nota altresì il Chironi come l'azione contemplata nell'art. 1155 Cod. civ. non abbia più il suo fondamento nella colpa del proprietario di non aver fatte le dovute

(1) Op. cit., n. 384.
(2) Op. cit., n. 385.
(3) Loc. cit.

Digitized by Google

riparazioni all'edifizio, non avendo i compilatori del Codice francese seguìto nè la dottrina anteriore, nè il diritto romano. Rannodarono, egli dice, la responsabilità del proprietario dell'edifizio a quella pel danno cagionato dagli animali, cioè l'obbligo di rispondere del danno che producono le cose dalle quali si tragga servizio (1). Ma tale opinione è contraria al testo chiaro della legge, la quale subordina la responsabilità del proprietario dell'edifizio alla condizione che la rovina abbia avuto luogo per mancanza di riparazione o per vizio di costruzione.

Il concetto cui s'informa la legge, dice il Chironi, è tutto nel servizio che si trae dalla cosa (2). Ma dunque perchè la legge ha esteso la responsabilità a chiunque si serva dell'edifizio? Le obbiezioni stanno, egli soggiunge, ma la legge ha pure il suo motivo, che è idoneo a chiarirle e respingerle. Ed infatti l'illustre scrittore enumera tali ragioni, per cui la legge non ha imposta la predetta responsabilità nè all'usufruttuario, nè al conduttore; ed osserva con ragione che se la responsabilità esiste a motivo delle due specie di vizii or notati, l'esistenza di essi non può che toccare il proprietario (3). Dunque la responsabilità è fondata sulla colpa del proprietario, appunto perchè tale; e la teoria del servizio per cui è obbligato chi si *serve* dell'animale, non è per nulla applicabile. Ma allora, obbietta il Chironi (4), perchè la legge non ha riservato la prova in contrario? A ciò può rispondersi che il non essere riservata la prova anzidetta non implica che la responsabilità non sia fondata sulla colpa del proprietario. Il non aver fatte le dovute riparazioni è una colpa, senza che nulla si possa provare ad escluderla; il vizio di costruzione fa presumere la colpa, senza che nemmeno possa essere esclusa. Tutto ciò non conforta affatto l'argomento per cui il servizio dato dalla cosa debba apparire come il vero e solo fondamento della responsabilità pei danni che derivano dalla rovina dell'edifizio (5).

(1) *Colpa extr.*, n. 381.
(2) Loc. cit.
(3) Op. cit., n. 382.
(4) Op. cit., n. 383.
(5) Loc. cit.

Digitized by Google

5. L'obbligo del risarcimento può sorgere prima che sia avvenuta la rovina dell'edifizio: *in eadem causa esse detrimentum quoque propter emigrationem inquilinorum, quod ex justo metu factum est, sed etsi conducere hospitium nemo velit propter vitium aedium, idem erit dicendum* (1). Avvenuta la rovina dell'edifizio, l'azione di risarcimento può essere spiegata da tutti coloro che abbiano sofferto danno.

Nessuna influenza può esercitare sul diritto del danneggiato l'avere o no fatto intimare al proprietario dell'edifizio rovinato che vi avesse provveduto. Ma l'intimazione può giovare a rimuovere talune difficoltà, come ben osserva Toullier (2). Per esempio, se l'edifizio pericolante cada per effetto di una tempesta o di altro avvenimento fortuito e non siasi fatta al proprietario alcuna intimazione, egli pretenderà che la caduta sia derivata unicamente dal caso fortuito, mentre i danneggiati pretenderanno che l'edifizio sia rovinato perchè pericolante. In tal caso si rende alquanto difficile il risolvere la questione per mezzo di esami testimoniali. Invece, quantunque la sola intimazione non basti a provare che l'edifizio non sia caduto per l'avvenimento fortuito, tuttavia è sempre un dato che può giovare alla risoluzione della controversia.

6. Tutti coloro che abbiano risentito danno dalla rovina dell'edifizio debbono essere risarciti; quindi, purchè non siano in colpa per non aver denunziato il pericolo al locatore (art. 1577 Cod. civ.), anche i conduttori e subconduttori dell'edifizio che abbia risentito il danno per la rovina dell'altro.

Ha diritto al risarcimento l'usufruttuario dell'edifizio rovinato?

Si fa la seguente distinzione: Se la rovina di tutto o di parte dell'edifizio siasi verificata dopo cominciato l'usufrutto, e sia stata la conseguenza del difetto di riparazioni ordinarie, l'usufruttuario è responsabile rispetto al proprietario perchè avvenne per colpa del primo; ma se il difetto di

(1) Fr. 28, Dig., 29, 2.
(2) Op. cit., n. 317.

Digitized by Google

riparazione fosse stato anteriore al cominciamento dell'usufrutto, il proprietario che avrebbe avuto l'obbligo delle riparazioni nulla può pretendere dall'usufruttuario (1). Ed in ogni caso, si osserva con ragione, responsabile per legge rispetto ai terzi è il proprietario; i terzi non riconoscono che lui, quand'anche la necessità delle riparazioni fosse surta dopo che principiò l'usufrutto. E ciò per il motivo che rifiutandosi l'usufruttuario ad eseguire le riparazioni, il proprietario può chiedere giudizialmente di essere autorizzato a farle, salvo il regresso contro l'usufruttuario, e se si tratterà di riparazioni straordinarie, ne verrà indennizzato a norma di legge (2). Lo stesso deve dirsi per colui che abbia un diritto di abitazione (art. 527 Cod. civ., franc. 635).

7. Ma la soluzione data nelle ipotesi precedenti presuppone che l'usufrutto non fosse stabilito per convenzione, poichè l'art. 1155 non riguarda che risarcimento di danno per colpa aquiliana. Che se fosse stabilito per convenzione, il proprietario dell'edifizio sarebbe responsabile per colpa contrattuale (3).

Qualche scrittore afferma che l'inquilino possa sperimentare la sua azione contro l'usufruttuario locatore, il quale avrebbe avuto l'obbligo di farlo godere, e, in difetto, di risarcire il danno (4). Ma bisogna bene intenderci su questo punto. Giorgi scrive: « Il conduttore ha sempre ricorso contro il nudo proprietario pei vizii di costruzione e pel difetto di riparazione anteriore all'usufrutto, di cui l'usufruttuario ignorò l'esistenza: ha poi ricorso contro l'usufruttuario per il difetto di riparazione posteriore al cominciamento dell'usufrutto, o anche per quello anteriore se le riparazioni facevano carico all'usufruttuario » (5). Parci

(1) Toullier, loc. cit.; Sourdat, n. 1459; Proudhon, *Usufr.*, n. 1724; Larombière, art. 1386, n. 3; Aubry e Rau, § 448; Giorgi, V, n. 408.

(2) V. gli scrittori citati nella nota precedente. *Adde:* Giorgi, V, n. 407.

(3) Larombière, art. 1386, n. 9; Laurent, XX, n. 644.

(4) Sourdat, n. 1459.

(5) Op. cit., V, n. 408.

Digitized by Google

che ciò debba intendersi come di una facoltà e non mai come un obbligo spettante al conduttore, perchè egli ha diritto d'invocare l'art. 1155 e rivolgersi direttamente al proprietario; ciò facendo, evita di controvertire anch'esso sul punto di sapere se il difetto di riparazione abbia avuto luogo prima o dopo il cominciamento dell'usufrutto e se la responsabilità sia del proprietario o dell'usufruttuario. Nessun dubbio che esso conduttore possa rivolgersi all'usufruttuario per effetto degli obblighi derivanti dal contratto di locazione; ma si espone all'evento di una chiamata in garanzia del proprietario, il che è prudente evitare.

8. E così riguardo al conduttore, il quale non può invocare se non il risarcimento per colpa contrattuale del locatore (1). Ma se il danno all'immobile vicino sarà stato cagionato da un conduttore, ne risponderà il locatore? Ha risposto affermativamente la Cassazione torinese (2); ma non crediamo ciò possa ammettersi, e quindi il danno debb'essere risarcito da chi lo abbia commesso. Ogni locatore risponde pel conduttore sempre nei limiti del contratto di locazione, non del danno cagionato da delitti o quasi delitti del conduttore (3); ne risponde soltanto quando ne abbia tratto profitto in danno del terzo danneggiato (4).

9. Potrebbe a prima giunta dubitarsi se l'edifizio rovinato appartenendo a più proprietarii, costoro fossero tenuti in solido al risarcimento, ovvero in proporzione della parte che ciascuno avesse avuta sull'edifizio. In diritto romano, fu respinto il concetto della solidarietà nella detta ipotesi. « Si *plurium sint aedes, quae damnose imminent, utrum adversus unumquemque dominorum in solidum actio competit, an in partem? Et scribit Julianus, quod et Sabinus*

(1) V. gli scrittori citati nella precedente nota.

(2) Decis. 5 febbraio 1896 (*Giur. It.*, 1896, 338).

(3) Casale, 10 maggio 1890 (*G. Cas.*, 1890, 278); Cassaz. Palermo, 5 agosto 1899 (*Legge*, 1900, 1, 48). Secondo Ferrini sarebbe sempre responsabile il proprietario quando anche il danno fosse stato conseguenza di un fatto del conduttore. V. monogr. cit., n. 163.

(4) Cass. Roma, 29 maggio 1890 (*Ann.*, 1890, 209).

Digitized by Google

probat, pro dominicis partibus conveniri eos oportere (1). Lo stesso principio è stato seguìto dagli scrittori anteriori al Codice (2); ma, nel diritto odierno, scrittori autorevoli hanno ritenuto il contrario (3).

Si direbbe, da una parte, che ciascuno è responsabile delle cose proprie, non di quelle degli altri (4); però questo principio, per quanto indiscutibile, debb'essere applicato armonizzandolo coll'altro, cioè, che se il quasi delitto sia imputabile a più persone, tutte ne siano solidalmente responsabili. Ora la responsabilità dei proprietarii di edifizii è poggiata sulla presunzione di colpa, sul quasi delitto; da ciò la conseguenza che se il danno debb'essere risarcito da diverse persone, dev'esserlo solidalmente, salvo il regresso secondo le porzioni a ciascuna spettanti (5).

10. E per la stessa ragione riteniamo che se il danno sia stato prodotto dalla caduta di un muro comune, i proprietarii debbono risponderne in solido. Si tratta di una proprietà indivisa, si direbbe in contrario, e la indivisione non trae necessariamente come conseguenza la solidarietà. Nessuna disposizione la dichiara, e nessuna difficoltà havvi per determinare la parte di ciascuno nei danni interessi, perchè si conosce la porzione della proprietà di ciascuno (6).

La risposta a tali argomenti non può essere che la medesima; la colpa essendo imputabile ai comproprietarii del muro, tutti debbono risponderne solidalmente (7). Lo stesso sarebbe a dirsi se l'edifizio appartenesse a diversi coeredi, durante l'indivisione, ovvero ai componenti una società d'indole civile (8).

11. Il proprietario dell'edifizio è dunque responsabile pei danni cagionati dalla rovina di esso quando abbia

(1) Fr. 40, § 3, Dig., 39, 2.
(2) Domat, loc. cit., § 7.
(3) Demolombe, VIII, n. 661; Larombière, sull'art. 1386, n. 9.
(4) Sourdat, n. 1461.
(5) Giorgi, op. cit., n. 409.
(6) Sourdat, n. 1461 *bis*; Larombière, loc. cit.
(7) Marcadé, art. 1386, § 2.
(8) *Contra:* Sourdat, loc. cit.

Digitized by Google

avuto luogo per mancanza di riparazione o per un vizio di costruzione, ed abbiamo veduto come la disposizione della legge debb'essere applicata a casi analoghi. Ma l'analogia può spingersi tanto oltre da applicare il detto principio di responsabilità anche alla esplosione di macchine, caldaie, ecc.? L'affermativa è ritenuta dal Demolombe (1), dal Sourdat (2) e la giurisprudenza francese, come quella belga, è prevalente in tal senso (3). Alcuni scrittori (4) negano potersi applicare l'art. 1386 (it. 1155) anche alle macchine e agli apparecchi che in qualunque modo si possono considerare come facienti parti dell'edifizio.

L'analogia, osserva Laurent, quantunque esista tra il danno prodotto dall'edifizio e quello prodotto dalla esplosione della macchina, non può fare venir meno il principio generale dell'art. 1384 (it. 1153); ora attribuendo un carattere generale all'art. 1386 (it. 1155), non si riesce che ad escludere completamente l'applicazione di quell'articolo che riguarda il danno cagionato dalle cose che teniamo sotto la nostra custodia. E la conseguenza è importante, perchè mentre l'art. 1384 stabilisce una presunzione di colpa, l'art. 1386 mette la prova a carico dell'attore; quindi migliore avviso è quello di mantenere alla prima delle cennate disposizioni tutta la sua efficacia di regola generale, ed applicare la seconda ai soli edifizii. Questa interpretazione soggiunge l'illustre scrittore, è anche in armonia coll'equità e coi fatti. Gli accidenti prodotti dalle macchine sono frequenti e non possono derivare che dall'imperfezione della scienza; ma allora havvi una considerazione di equità nel fare sopportare le conseguenze del danno al proprietario della macchina anzichè a colui che ne sia la vittima.

Noi facciamo omaggio all'opinione del Laurent, ritenendola più conforme ai principii, e neghiamo che la disposizione riguardante il danno cagionato dalla rovina di

---

(1) Op. cit., VIII, n. 662.

(2) Op. cit., n. 1453 *ter*.

(3) V. le decisioni citate da Sourdat in nota al n. 1483 *bis*.

(4) Laurent, XX, n. 639; Labbé, Saleiles, Boistel, Josserand in nota a decis. V. Sourdat, loc. cit., nota.

Digitized by Google

edifizii possa non solo estendersi alle macchine ed agli altri apparecchi, ma a tutte le cose inanimate, inclusi gli automobili e le biciclette, come vorrebbe il Sourdat.

12. Quest'ultimo scrittore osserva che la base fondamentale di ogni responsabilità è la colpa imputabile all'autore del danno e che l'art. 1384 (it. 1153) non ha inteso derogare a quelli che lo precedono, tranne per l'eccezione che contiene nel terzo alinea. Ma noi ci permettiamo di osservare che la predetta eccezione non contiene una deroga al principio della responsabilità che implica necessariamente la colpa. Presumere la colpa non vuol dire fare astrazione dalla colpa; secondo la intenzione del legislatore la colpa esiste, senza che si possa dimostrare il contrario. Tal'è la condizione giuridica dei padroni e dei committenti, e tutto il ragionamento del Sourdat poggia sopra una premessa erronea. Se la responsabilità non è una conseguenza della colpa, egli dice, su che cosa poggia l'eccezione di forza maggiore generalmente ammessa in favore del proprietario della cosa che abbia recato danno? Se l'obbligo d'indennizzare la parte lesa deriva non già da una colpa anche lievissima, ma dal semplice fatto che io posseggo la cosa che mi è utile, io debbo risponderne sempre, in ogni caso. Un fulmine, una inondazione producono per ripercussione l'accidente che produce il danno; la cosa mia ne sarebbe l'agente immediato, il veicolo; il cavallo spaventato dal fulmine scappa e produce danno; l'edifizio crollato per la bufera schiaccia i passanti; senza il cavallo, senza l'edifizio, il danno non avrebbe avuto luogo (1).

Questo ragionamento è alquanto sofistico; urta col testo e collo spirito della legge. Quando la legge stabilisce il principio che ognuno risponde del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, è fuori dubbio che stabilisce una presunzione di colpa; e si ritiene con ragione che la prova contraria essendo negata ai soli padroni e committenti, s'intende ammessa per ogni altra presunzione stabilita nel medesimo articolo di legge. Riguardo al danno che produ-

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

cono le cose occorre adunque distruggere la presunzione dalla legge stabilita, il che vuol dire giustificare che il proprietario delle cose non sia stato in colpa. Ciò non menoma punto il principio generale che ogni responsabilità presupponga la colpa; l'essere questa presunta o dovere essere dimostrata nessuna influenza può esercitare sul principio anzidetto. Ma allora perchè un'eccezione pel danno cagionato dagli edifizii? Se il primo alinea dell'art. 1384 (it. 1153) contiene una regola intangibile per le persone come per le cose che si hanno in custodia, perchè far piegare la detta regola quando si tratti di danno prodotto dalla caduta di edifizii? Quale bisogno, in questo caso, di esigere la prova di una colpa imputabile al costruttore od al proprietario? Il danno è stato anche prodotto dalla cosa e dev'essere risarcito da chi la possiede.

13. A questo argomento del Sourdat potremmo rispondere che il legislatore regola la responsabilità secondo l'intendimento che si propone. In materia di edifizii, non ha voluto stabilire la presunzione in maniera pura e semplice; ma l'ha voluto subordinare a speciali condizioni, cioè la mancata riparazione od il vizio di costruzione. È una specie di danno che ha particolarmente attirato l'attenzione del legislatore, senza derogare per nulla al principio secondo il quale la responsabilità è fondata sulla colpa. Perchè ha subordinata la presunzione di colpa alla dimostrazione di quegli estremi? I lavori preparatorii del Codice francese vi rispondono.

Però l'eccezione dev'essere ristretta al caso contemplato; ed estendere il disposto di legge in esame ad ogni danno prodotto dalle cose che ci appartengono è un'interpretazione che non può accogliersi.

14. Ma riguardo al danno che può essere prodotto dalle cose, una distinzione importante è quella fatta dal continuatore del Sourdat, tra il caso in cui il danno provenga dalla cosa stessa per il fatto attuale dell'uomo e quello in cui provenga senza tale fatto attuale. Bisogna distinguere le cose che possono produrre danno da sè stesse, cioè senza

Digitized by Google

che vi concorra il fatto attuale dell'uomo, come una caldaia a vapore che scoppia, certe materie che esplodono malgrado tutte le precauzioni, un automobile il cui freno cessi di funzionare e produca un disastro, dalle cose, dagli strumenti che divengono pericolosi per l'azione di colui che se ne giova, senza che ordinariamente si possa isolare il fatto della cosa ed il fatto dell'uomo. In quest'ultima categoria debbono comprendersi la maggior parte degli oggetti di cui si fa uso nei diversi mestieri, le vetture, quando l'accidente non sia la conseguenza di un atto spontaneo degli animali che vi siano attaccati, ed anche le biciclette. Gli accidenti cagionati da quest'ultimo meccanismo non avvengono che pel movimento rapido che loro viene impresso dal conduttore imprudente, quand'anche la rottura di una ruota o di altro organo li abbia fatti accadere. È sempre la velocità impressa che costituisce il pericolo e che costituisce evidentemente la colpa dalla quale deriva la responsabilità. Del resto, per la sua natura, pel volume e pel peso, essa non offre gl'inconvenienti delle vetture automobili. Il processo debb'essere quindi fatto al velocipedista stesso, all'uomo e non alla cosa, applicando gli articoli 1382 e 1383 (it. 1151 e 1152) (1).

La distinzione è molto importante ed è nel tempo stesso consona alla lettera ed allo spirito della legge. Questa parla di cose che teniamo sotto la nostra custodia, e implica il concetto che tali cose, per sè stesse, possono produrre del danno; infatti tale danno è messo in contrapposto a quello che può derivare dal fatto proprio. Ora, qualunque specie di danno non può essere consumato che per mezzo di cose, ma essendo indifferente il mezzo col quale venga consumato, si è responsabili per fatto proprio e quindi la responsabilità va retta dagli articoli 1151 e 1152 Cod. civile. Di conseguenza, trattandosi di danno prodotto per mezzo di animali da trasporto o da soma, da automobili, biciclette, carrozze, ecc., si è responsabili sempre per fatto proprio e non per fatto di cose tenute in custodia: dal che deriva che non possa applicarsi la presunzione di colpa stabilita nell'art. 1153 (fr. 1384) pel danno prodotto dalle cose.

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

15. La responsabilità del proprietario dell'edifizio ha luogo tanto per ragione di mancata riparazione, quanto per vizio nella costruzione. Nel primo caso il proprietario è in colpa perchè se non avesse voluto o potuto fare eseguire le dovute riparazioni, avrebbe dovuto far demolire l'edifizio. Nel secondo caso, la responsabilità del proprietario non appare così evidente, perchè vero responsabile sarebbe l'architetto o il costruttore, ai quali il proprietario del suolo affidò le opere. Ma è stato osservato che l'art. 1155 (fr. 1386) non faccia venir meno le regole sulla responsabilità degli architetti e dei costruttori. Quando l'edificio crolla dopo un tempo più o meno considerevole, i terzi che ne provano danno non possono rivolgersi che al proprietario, non conoscono che lui, ignorano quale sia la causa effettiva del sinistro, e debbono naturalmente attribuirlo a difetto di riparazione. Il proprietario può, senza dubbio, chiamare in garantia l'architetto o l'appaltatore; ma rispetto ai terzi egli è civilmente responsabile perchè il danno è stato immediatamente prodotto dalla cosa propria (1).

Il vizio di costruzione può essere relativo al suolo, ai materiali o al piano d'arte (2), ed il proprietario non può allegare la negligenza, la imperizia del costruttore per esimersi dall'azione di risarcimento (3), come non può allegare che avesse ignorato il vizio di costruzione (4). Solo può allegare il caso fortuito o la forza maggiore, purchè l'edifizio si fosse trovato in cattive condizioni di solidità. Per esempio, se un muro che già minacciava di rovinare cadesse in seguito a vento impetuoso, ne sarebbe sempre responsabile il proprietario (5), perchè ognuno deve tenere il proprio edifizio in condizioni di solidità.

16. Affinchè il danneggiato possa invocare la presunzione di responsabilità contro il proprietario dell'edifizio,

---

(1) Sourdat, n. 1653; Laurent, XX, n. 641.

(2) Venezia, 19 aprile 1898 (*T. Ven.*, 1898, 492).

(3) Cass. Palermo, 15 aprile 1899 (*Giur. It.*, 1899, 879).

(4) Laurent, XX, n. 642 e Corte di Rouen, 17 luglio 1872 ivi cit.

(5) Cass. Palermo, 23 febbraio 1896 (*F. It.*, 1896, 1, 685). *Contra* Palermo, 27 gennaio 1896 (*F. Sic.*, 1896, 18).

Digitized by Google

deve provare che la rovina sia avvenuta per mancata riparazione o per vizio di costruzione, ed il proprietario dell'edifizio può dimostrare il contrario (1), senza però che il proprietario possa allegare di avere ignorato la necessità della riparazione (2). Se ciò non può negarsi perchè sorge dalla legge stessa, è un errore quanto è stato ritenuto da talune Corti, cioè che l'attore in risarcimento debba soltanto dimostrare il danno, mentre il convenuto deve dimostrare che la rovina non sia avvenuta per sua colpa o per vizio di costruzione (3). Come abbiamo veduto, la presunzione della legge è subordinata alla condizione che la rovina dell'edifizio sia avvenuta per mancata riparazione o per difetto di costruzione; ora, senza provare questi estremi, la presunzione non può essere invocata. L'art. 1155 non contiene una presunzione del genere di quelle dell'art. 1153 pei padroni e committenti. La rovina dell'edifizio implica la responsabilità del proprietario quando questo sia in colpa per mancate riparazioni, ovvero quando la legge stessa gli addebiti la responsabilità altrui pel difetto di costruzione; ma la legge non dice che l'uno o l'altro fatto si presumano, e sarebbe stata ingiusta ed assurda se ciò avesse detto. Come mai adunque le Corti sopra citate hanno potuto seguire l'insegnamento del Laurent, secondo il quale « l'attore nulla deve provare, salvo al convenuto di fare la prova contraria, che è di diritto quando si tratti di una presunzione? » (4). Ma la legge non parla

---

(1) Roma, 9 ottobre 1897 (*T. Rom.*, 1898, 369); Catania, 19 luglio 1898 (*Legge*, 1898, 2, 589); Genova, 5 luglio 1904 (*T. Gen.*, 1904, 410). Conf. Ferrini, monogr. cit., n. 164, dove è criticata l'opinione contraria del Giannini, sostenuta nell'*Archivio Giuridico*, LVII, pag. 321 e seg.

(2) Ferrini, monogr. cit., n. 163.

(3) Firenze, 21 marzo 1896 (*Giur. It.*, 1896, 350); Cassaz. Firenze, 27 luglio 1896 (*Ibid.*, 1896, 969); Genova, 25 giugno 1898 (*Legge*, 1898, 2, 554).

(4) Op. cit., XX, n. 639. Chironi (*Colpa extr.*, n. 389) attribuisce al Laurent l'opinione secondo la quale « il danneggiato deve dimostrare il fatto delle omesse riparazioni od il vizio nella costruzione quale causa del danno e non altro, presumendosi allora in modo assoluto la colpa ». Invece, Laurent (XX, n. 639) sostiene che l'autore nulla

Digitized by Google

di presunzione (1); dice soltanto i casi nei quali il proprietario dell'edifizio sia responsabile; dunque chi allega la responsabilità del proprietario dell'edifizio deve dimostrare l'una o l'altra causa di responsabilità. E, fatta tale prova, la colpa del proprietario si presume (2).

17. Nulla di più conforme alle regole generali di diritto probatorio. Contro la prova fatta dall'attore può quindi riprovare il convenuto, e limitarsi a dimostrare che nè difetto di riparazioni eravi stato, nè vizio di costruzione; o che la rovina sia avvenuta per causa accidentale, malgrado i provvedimenti presi (3); ed anche senza che faccia tale riprova, può dimostrare che il caso fortuito o la forza maggiore fossero stati tali da abbattere anche edifizii abbastanza solidi; nel quale caso non può essere ritenuto responsabile del crollamento dell'edifizio.

L'interpretazione che noi riteniamo è conforme al testo della legge ed ai principii, ed è stata accolta da scrittori autorevoli. « Senza dubbio, scrive il Laurent, havvi presunzione legale di colpa contro il proprietario, in questo senso che egli risponde, rispetto ai terzi, dei difetti del suolo e della costruzione, quand'anche tali difetti non gli fossero stati noti, nè derivati dal proprio fatto; ma l'esistenza di tali vizii debb'essere dimostrata contro di lui, e lo stesso

---

debba provare. Ma ciò che è curioso si è che lo stesso Chironi non riesce che a sostenere l'opinione vera del Laurent, perchè mette a carico del proprietario una presunzione di responsabilità dalla quale non può liberarsi se non dimostrando che la rovina non sia dipesa da una delle due cause indicate nell'art. 1155. « In sostanza, così egli scrive, la disposizione si deve intendere come se dicesse tenuto il proprietario quando non provi sia la rovina avvenuta per mancanza di riparazione o per vizio nella costruzione ».

(1) Messina, 26 marzo 1901 (*Rif. Giur.*, 1901, 155).

(2) Laurent, XX, n. 639; Giorgi, op. cit., V, n. 410. V. gli scrittori ivi citati. È un errore evidente quello della Corte di Lucca, la quale ha sentenziato che il danneggiato debba provare che il proprietario dell'edifizio ne avesse conosciuto il cattivo stato e che fosse stato abitualmente negligente. Decis. 2 agosto 1897 (*Mon. Mil.*, 1898, 452). Ciò equivarrebbe a distruggere addirittura l'art. 1155!

(3) Torino, 25 febbraio 1895 (*Giur. It.*, 1895, 308).

Digitized by Google

deve dirsi per le mancate riparazioni, per le imprudenze o negligenze commesse nell'uso dell'immobile. Egli ha diritto di fare la prova contraria, e se non venga stabilito che il danno sia derivato da quelle cause imputabili al padrone della cosa, il danno debb'essere considerato come effetto di caso fortuito o di forza maggiore che il danneggiato è costretto a sopportare » (1).

18. Secondo Giorgi, havvi un equivoco che può agevolmente dileguarsi e quindi giungersi all'accordo. Non bisogna confondere, egli dice, la presunzione semplice con quella legale; ma anche la presunzione semplice è una prova. Ora, nella specie, pur essendo da escludersi la presunzione legale, tuttavia il giudice, per potere pronunziare la condanna, deve essere convinto che la rovina sia avvenuta per una delle due cause di cui parla l'articolo 1155 Codice civile; in altri termini, deve averne la prova. « Per altro le prove si attingono anche dalle presunzioni semplici; da quelle cioè che l'art. 1353 del Codice civile lascia alla prudenza del giudice. Ora quando la caduta di un edifizio avviene senza alcun noto accidente di forza maggiore, la presunzione, e per ciò la prova del vizio di costruzione o del difetto di riparazione, è insito nel fatto stesso. Il danneggiato dunque provando questo fatto, avrà provato abbastanza per autorizzare il giudice a pronunziare la condanna. La necessità di una prova diretta di quei vizii o difetti ricorrerà soltanto quando la rovina sia avvenuta in circostanze insolite, che lascino adito al dubbio se la rovina si debba esclusivamente al fortuito. Per esempio, per una inondazione, un terremoto o altro accidente; contro il quale mentre hanno resistito tutti gli edifizii solidamente costruiti e regolarmente mantenuti, ha invece ceduto l'edifizio più pericolante » (2).

Non possiamo per nulla accettare la maniera colla quale l'illustre scrittore crede che possa essere dileguato l'equivoco.

---

(1) Op. cit., n. 1483. Conf. LAROMBIÈRE, loc. cit., n. 4; Cass. franc., 19 luglio 1870.

(2) Op. cit., V, n. 410.

Digitized by Google

È il solito errore sulla colpa *in re ipsa*. Caduto l'edifizio senz'alcun noto accidente di forza maggiore, la prova del vizio di costruzione o del difetto di riparazione è insito, si dice, nel fatto stesso. Ma nulla di tutto questo; e, lo ripetiamo ancora una volta, che questa teoria della colpa *in re ipsa* suole spesso essere fraintesa. Quando si dice che il danneggiato, provando il fatto della rovina dell'edifizio senza che vi fosse stata forza maggiore, ha provato abbastanza per ottenere la condanna del proprietario, si crea una presunzione *juris tantum* e non si dà luogo ad una semplice *praesumptio hominis*. Ora, una presunzione della prima specie avrebbe dovuto essere stabilita dalla legge; e questa nulla avendo detto, e dovendosi applicare le regole del diritto probatorio, il danneggiato deve provare che la rovina dell'edifizio sia avvenuta per una delle due cause indicate dall'art. 1155 Codice civile. La prova diretta di tali vizii o difetti debb'essere sempre fatta dal danneggiato e non mai nei soli casi di *circostanze insolite;* a questo modo si fa dire alla legge quel che non ha detto, e si alterano le regole che si riferiscono all'onere della prova.

Dagli scrittori citati dal Giorgi come favorevoli alla opinione da lui sostenuta, ci permettiamo osservare che il concetto della presunzione contro il proprietario sia per lo più scartato. Per esempio, il Sourdat è ammirevole per la chiarezza colla quale esprime i suoi concetti. Dopo aver premesso che all'attore incomba la prova del pregiudizio del quale si lamenta, soggiunge: « Senza dubbio, havvi presunzione legale di colpa contro il proprietario in questo senso che egli risponde rispetto ai terzi dei vizii del suolo e delle costruzioni quand'anche i vizii gli fossero sconosciuti e non derivassero dal fatto suo; ma l'esistenza di questi vizii dev'essere contro di lui dimostrata, e lo stesso deve dirsi del difetto di riparazione che avrebbe cagionato la rovina dell'edifizio e delle imprudenze o negligenze commesse nell'uso dell'immobile. Egli ha diritto di fare la prova contraria, e se non sia provato che il danno fosse stato conseguenza di una delle due cause imputabili al proprietario della casa, si deve considerare il danno come effetto di caso fortuito o di forza maggiore, e che dev'essere

Digitized by Google

subìto dal danneggiato » (1). Questa crediamo sia la vera teoria da seguirsi.

19. Ritornando a discorrere sulla prova del caso fortuito e della forza maggiore che escludono la responsabilità del proprietario dell'edifizio, diciamo che dev'essere applicato completamente il principio contenuto nel fr. 24, § 10, Dig., 39, 2. Se l'edifizio sia crollato *vi tempestatis*, non sempre è esclusa la responsabilità del proprietario; *nisi forte ita vitiosae meae aedes fuerint, ut qualibet vel minima tempestate ruerint.* E questa prova debb'essere fatta da colui che esercita l'azione di danno. Tenuto conto dell'entità del caso fortuito o della forza maggiore, bisogna provare che l'edifizio sia crollato pel cattivo stato in cui si trovava (2).

20. È obbligato di risarcire il danno il proprietario dell'edifizio rovinato e contro il quale il danneggiato dimostri che la rovina abbia avuto luogo per mancata riparazione o per vizio di costruzione. In diritto romano poteva tale proprietario fare abbandono noxale dei materiali; ma se avesse preferito di toglierli, avrebbe dovuto farlo tanto per quelli utili, quanto per quelli inutili; *nec de praeterito damno cavere eum debere* (3).

Domat, sulle orme del diritto romano, insegna potersi fare l'abbandono noxale del suolo e dei materiali (4); ma questa soluzione non può essere seguìta nell'odierno diritto (5). Il danno dev'essere risarcito pagando l'ammontare del medesimo alle persone che lo abbiano sofferto.

E, senza dubbio, debb'essere risarcito per intero. Di conseguenza, dev'essere anche risarcito il danno che i proprietarii vicini abbiano potuto aver sofferto anteriormente alla rovina dell'edifizio; per esempio, il lucro cessante per l'abbandono che abbian fatto gl'inquilini delle case vicine

(1) Op. cit., n. 1483.
(2) Domat, loc. cit., § 6.
(3) Fr. 7, § 1, Dig., 39, 2.
(4) Loc. cit., § 4.
(5) Sourdat, n. 1462.

Digitized by Google

a causa del timore del danno. Domat chiedesi se l'indennizzo sia dovuto in ogni caso. Se accadesse, per esempio, che il proprietario della casa che minaccia rovina fosse in lunga assenza, o non avendo il mezzo di riparare la casa nè di puntellarla, avesse risposto all'intimazione che non potendo soddisfarvi, pregava il suo vicino, che era una persona ricca, di far puntellare egli stesso l'edifizio o di farvi le riparazioni necessarie, offrendogli per sicurtà l'ipoteca sulla casa stessa, sarebbe sempre responsabile se il vicino non avendo voluto far niente, la casa fosse caduta? Non sarebbe giusto, in tali circostanze, dice Domat, diminuire l'indennizzo od anche esimerne il proprietario? (1).

21. Neghiamo assolutamente che ciò possa ammettersi. Nessuna misura di equità può applicarsi quando un testo di legge impone l'obbligo del risarcimento; questo deve aver luogo per intiero. Infatti, il diritto romano ammetteva l'equità nella valutazione del danno; il che è ben altra cosa dell'applicarla per sapere se il danno debb'essere risarcito per intiero o se possa non essere risarcito. La legge 40, Dig., 39, 2, vuole che la valutazione sia fatta moderatamente: *ex damni infecti stipulatione non oportet infinitam vel immoderatam aestimationem fieri, ut puta ob tectoria et ob picturas: licet enim in haec magna erogatio facta est; attamen ex damni infecti stipulatione moderatam aestimationem faciendam, quia honestus modus servandus est, non immoderata cujusque luxuria subsequenda.*

Domat accoglie *ad unguem* il principio della legge romana. Se nella casa danneggiata vi fossero pitture, sculture od altri ornamenti di solo piacere, non si farebbe, egli dice, che una stima esatta delle cose di questa natura, il cui uso superfluo non deve comprendersi nella perdita; ma la stima andrebbe fatta moderatamente, secondo l'equità e senza rigor di giustizia, secondo la qualità del fatto, quella delle persone e secondo le altre circostanze (2). Toullier ripete lo stesso insegnamento, dicendo che è fondato sul

(1) Loc. cit., § 3, nota.
(2) Loc. cit., § 5.

Digitized by Google

motivo che non conviene garantire il lusso col danno del proprietario dell'edifizio caduto in rovina, quantunque egli soffra questa sventura per sua colpa o per sua negligenza.

Anzitutto, crediamo che l'apprezzamento non debba essere fatto in base alle spese erogate dal proprietario danneggiato, ma in base al valore che le cose avevano nel momento in cui il danno verificossi. In quanto poi all'*honestus modus* di valutare il danno, nessuno potrà dissentire dall'equo insegnamento della legge romana (1), perchè in qualsiasi valutazione di danno, l'equità deve avere la sua parte. Però, l'argomento per cui non bisogna garantire il lusso è inattendibile, perchè il lusso è cosa ben diversa dal gusto artistico, il quale spinge tal fiata alcune persone a spendere molto per collezioni di pitture, di statue od altri oggetti di valore. E questo è uno dei casi in cui la valutazione del danno va fatta tenuto conto della condizione economica del danneggiato e di colui che deve risarcire il danno, anche sotto il punto di vista dell'entità della colpa (2).

22. In occasione del danno cagionato dalla rovina dell'edifizio, gli scrittori francesi fanno notare che il proprietario il quale voglia fabbricare sul muro comune e lo faccia demolire per renderlo più solido, nessun indennizzo debba all'altro proprietario pel danno recato. Se ne adduce il motivo che il proprietario danneggiato avrebbe dovuto prevedere che l'altro condomino del muro avrebbe potuto servirsi della facoltà di elevare il muro; il che è cosa ben diversa dal fatto della rovina dell'edifizio (3). Ma, un testo espresso del nostro Codice dichiara che in ogni caso di alzamento di muro comune, colui che esercita tale facoltà è tenuto a risarcire il vicino dei danni che pel fatto anche

(1) Conf. SOURDAT, n. 1467.

(2) Anche il Giorgi opina che il risarcimento debb'essere completo, anche per gli oggetti d'arte e di lusso; ma crede inapplicabile il principio contenuto nella legge 40, Dig., 39, 2, perchè non riferibile a danno verificato, ma alla *stipulatio damni infecti*, cioè al danno non ancora avverato. Non sapremmo accogliere quest'ultima opinione, perchè il principio della legge romana ha carattere generale.

(3) TOULLIER, n. 317; SOURDAT, n. 1467.

Digitized by Google

temporaneo dell'alzamento o della nuova costruzione avesse a soffrire (art. 554, capov.). Nessun dubbio quindi che debb'essere risarcito il danno di qualsiasi specie. Ma anche in tale ipotesi, più che nella precedente, crediamo sia da osservarsi l'*honestus modus* di valutazione, tenuto conto del motivo abbastanza plausibile che, nel difetto di un testo di legge, si adduce per negare il risarcimento del danno.

23. Se l'edifizio sia in corso di costruzione, si è ritenuto che l'art. 1155 rendesi inapplicabile nel caso di danno. La legge suppone che l'edifizio sia sotto la custodia del proprietario, tanto che parla di mancanza di riparazioni; dunque, durante la costruzione, responsabile ne è l'architetto o l'imprenditore; e quest'ultimo non potendosi ritenere preposto, il proprietario non è nemmeno responsabile per l'art. 1153 Codice civile, tranne nel caso in cui diriga egli stesso i lavori (1).

Ferrini non accoglie tale opinione. Che *edificio* significhi solo una costruzione compiuta, così egli ragiona, è arbitrario sostenere; *edificio*, etimologicamente, è ciò che viene edificato, e questa definizione compete anche ad una costruzione imperfetta. L'articolo 1639 del Codice civile parla del giorno « in cui fu compiuta la fabbricazione di un *edifizio* », lasciando intendere che ben può esservi un edifizio di cui non sia compiuta la fabbricazione. Meno ancora prova il secondo argomento. Sia inapplicabile il concetto di riparazione ad una fabbrica non finita, vuol dire che a questa categoria di edificii (incompleti) non si applicherà che la seconda causa prevista dal Codice. La legge pone le due cause in modo *alternativo;* quando anche una sola di esse sia nel caso concreto verificabile, non c'è motivo di negarne l'applicabilità. Ma v'ha di più, osserva ancora il predetto scrittore, ed è che di riparazioni si può discorrere anche a proposito di una fabbrica in corso. Dopo un uragano, per

(1) LAURENT, XX, n. 643 e Corte di Lione, 20 gennaio 1860 ivi cit. Se taluno venga ucciso dalla caduta di un cornicione in costruzione, chi dirigeva la costruzione è responsabile verso gli eredi dell'ucciso. Cass. Roma, 24 aprile 1902 (*Dir. e Giur.*, XVIII, 134).

Digitized by Google

esempio, non si tratterà solo di continuare a costruire, ma di riparare ai danni arrecati dal mal tempo alla parte già edificata. La ragione poi è precisamente la stessa e non si vede veruna idonea considerazione per un difforme trattamento (1).

Accettiamo volentieri l'opinione del Ferrini, che si allontana da quella comunemente ricevuta, sia perchè la legge non distingue, come ancora perchè non crediamo possa aver valore l'argomento tratto dalla responsabilità dell'imprenditore o dell'architetto verso il proprietario, secondo le disposizioni del Codice civile. Sia pure che questo renda responsabile il proprietario perchè riuscirebbe per lo più difficile rivolgersi all'imprenditore od all'architetto nei casi di vizio di costruzione; ma da tale preteso motivo nulla può desumersi in favore dell'opinione contraria, perchè allora la legge, entro i dieci anni da quando fu compiuto l'edifizio, non avrebbe dovuto permettere che l'azione venisse esercitata contro il proprietario. Infine, non è rara l'ipotesi che un costruttore lasci nell'abbandono l'edifizio in corso di costruzione, e ciò per parecchi anni; sarebbe ingiusto esonerarlo da ogni responsabilità.

24. L'azione di risarcimento, nell'ipotesi dell'art. 1155 Codice civile, si prescrive, come ogn'altra di simil genere, in trent'anni. Si trasmette agli eredi ed aventi causa dal danneggiato, e può esercitarla anche l'aggiudicatario (2). Ma contro il danneggiato non può invocarsi la prescrizione decennale, che garantisce l'architetto o l'imprenditore, perchè qui siamo in tema di colpa aquiliana, mentre l'architetto o l'imprenditore rispondono di colpa contrattuale (3).

25. L'uno dei comproprietarii dell'edifizio può avere regresso contro l'altro se fosse esistito un precedente accordo sulle riparazioni da farsi; il quale regresso ha luogo in tal caso per colpa contrattuale (4). E parimenti l'attuale pro-

(1) Monogr. cit., n. 165.
(2) Milano, 4 luglio 1900 (*Mon. Mil.*, 1900, 952).
(3) Laurent, XX, n. 642; Chironi, *Colpa extr.*, n. 388 *bis*.
(4) Chironi, op. cit., n. 472.

Digitized by Google

prietario può avere regresso contro il precedente dimostrando che la causa della rovina fosse stata preesistente all'acquisto (1).

Giorgi (2) accoglie l'opinione del Récamier (3), cioè che il danneggiato possa rivolgersi, durante il decennio, anche contro l'imprenditore o architetto; ma parci che possa ciò farsi soltanto *utendo juribus* del proprietario, perchè nessun rapporto giuridico ha avuto luogo tra il danneggiato e le dette persone. E poichè nessun rapporto giuridico vi è stato, e poichè la legge non distingue, quand'anche i lavori non fossero stati espletati, riteniamo che l'azione non possa esercitarsi se non contro il proprietario.

CAPITOLO XVII.

A CHI COMPETE L'AZIONE DI RISARCIMENTO DI DANNO.

1. *Persone sulle quali può ripercuotersi il danno e che hanno diritto a risarcimento.*
2. *Degli stretti congiunti dell'ucciso.* Quid *pel genitore che non abbia riconosciuto il figlio naturale?*
3. *Continua.*
4. Quid *se si tratti di figliuolo adulterino?*
5. *Continua. Erronea teoria seguìta da talune Corti sul rapporto giuridico tra la vittima del reato e chi domanda il risarcimento del danno.*
6. *Continua.*
7. *Teoria che estende l'azione di risarcimento tenendo precipuo conto dell'esistenza del danno.*
8. *Continua.*
9. *Continua.*
10. *Continua.*
11. *Continua.*
12. *Entro quali limiti deve ammettersi la trasmessibilità dell'azione di risarcimento.*
13. *Continua.*

---

(1) Chironi, loc. cit.
(2) Op. cit., V, n. 408.
(3) Op. cit., n. 178.

Digitized by Google

13 bis. *Continua.*
14. Continua.
15. Continua.
16. Continua.
17. Può l'erede istituire azione di risarcimento non esercitata dall'offeso?
18. Continua.
19. Critica della dottrina del Chironi sulla trasmessibilità dell'azione di risarcimento per danno morale.
20. Ipotesi in cui l'azione sia stata promossa da uno dei componenti la famiglia.
21. Dell'interesse professionale. Compete l'azione di risarcimento ai farmacisti contro coloro che illegalmente esercitano la farmacia?
22. Continua.
23. Quid *pei medici e pei veterinarii? Degl'impresarii di teatri. Delle imprese di speculazione. Degli uscieri.*
24. Del danno sofferto per concorrenza sleale. Divergenze sul fondamento giuridico dell'azione di danno.
25. Continua. Il danno è di natura patrimoniale.
26. Critica di talune teorie sull'elemento obbiettivo del diritto violato.
27. Continua.
28. Continua.
29. Esplicamento della patria giurisprudenza in ordine al danno per concorrenza illecita.
30. Continua.
31. Continua.
32. Continua.
33. Possono i creditori esercitare l'azione di risarcimento spettante al danneggiato?
34. Continua.
35. Continua.
35 bis. *I creditori dell'ucciso possono esercitare azione di risarcimento contro il responsabile?*
36. Quid *nell'ipotesi in cui il danneggiato diventi fallito?*
37. Può il danneggiato cedere il suo diritto al risarcimento?
38. Continua.
39. Continua.
40. Continua.
41. Si può agire sui beni dotali per credito nascente da delitto o quasi delitto?
42. Continua. Critica dell'opinione negativa sostenuta dal Chironi.
43. Continua.
44. Continua.
45. Quid *se con raggiri e manovre fraudolenti siasi ingannato il contraente sull'esistenza del contratto nuziale?*
46. Continua.
47. Continua.
48. Continua.

Digitized by Google

49. Nella rappresentanza dei figli l'azione è esercitata dal padre o dalla madre.
50. Non può essere esercitata dal marito nell'interesse della moglie.
51. La donna maritata non ha bisogno dell'autorizzazione del marito per costituirsi parte civile.
52. Continua.
53. Della prescrizione dell'azione di risarcimento. Da quando decorre il termine della prescrizione.
54. Continua.

1. L'azione di risarcimento spetta anzitutto al danneggiato, che può esercitarla nel giudizio penale o innanti il giudice civile. Ma il danno derivante dal delitto o dal quasi delitto può ripercuotersi sopra altre persone, per ragioni diverse, ed il principio proclamato nell'art. 1151 del Codice civile è di così ampia applicazione da comprendere, oltre alle persone direttamente danneggiate, tutte quelle altre le quali possono risentire danno per lesione di loro diritti.

E dapprima abbiamo tutti coloro che fanno parte della famiglia, conviventi col capo della medesima ovvero separatamente. L'inabilità al lavoro del capo della famiglia riverbera i suoi effetti sulle persone che da quel lavoro traevano il loro mantenimento. Di conseguenza, il coniuge, tanto nel proprio nome quanto nella rappresentanza dei figliuoli minorenni, hanno diritto a risarcimento. Lo hanno ancora i figliuoli maggiorenni, anche usciti dalla famiglia, se siano stati privati di quelle utilità che percepivano prima del delitto o del quasi delitto; lo hanno ancora tutti quei congiunti che trovansi nella medesima condizione, come gli ascendenti del danneggiato, i collaterali, gli affini in linea retta ed anche in linea collaterale, i nipoti, insomma tutte quelle persone della famiglia (presa questa espressione nel suo più ampio senso) sulle quali siasi direttamente o indirettamente ripercosso il danno, quand'anche non vi fosse tra loro obbligo reciproco degli alimenti.

Chi abbia diritto al risarcimento del danno può costituirsi parte civile nel relativo giudizio penale. L'art. 3 del Codice proc. penale contempla il caso ordinario, quello cioè in cui l'azione civile venga esercitata dal danneggiato o da chi lo rappresenta; ma la detta azione può esercitarsi anche da coloro che non rappresentino il danneggiato o l'ucciso,

Digitized by Google

e che *jure proprio* agiscano pel risarcimento del danno, in base all'art. 1151 del Codice civile.

2. Riandando le applicazioni fatte dalla giurisprudenza sul diritto al risarcimento e quindi a costituirsi parte civile nei giudizii penali, osserviamo che tale diritto è stato riconosciuto ai fratelli ed alle sorelle dell'ucciso (1), al padre, ed alla madre del medesimo, quand'anche vi fossero la moglie superstite o figli, ed indipendentemente dalla qualità ereditaria (2). Ma qui si presenta qualche indagine importante.

Nessun dubbio pel genitore il quale abbia riconosciuto il figlio naturale (3); ma che dire se riconoscimento non siavi stato?

Se si dovessero applicare rigorosamente i principii che regolano la filiazione, osserva il Laurent (4), bisognerebbe rispondere negativamente, perchè non havvi filiazione naturale senza riconoscimento. Ma, secondo l'illustre scrittore, tali principii non sarebbero applicabili alla specie; « il figlio è fuori causa, egli dice, e la madre quantunque non essendo legalmente certa, lo era di fatto; il fanciullo era iscritto sotto il nome di lei sui registri dello stato civile, aveva il possesso di stato; con lei aveva trattato l'autore del danno che poscia impugnò la transazione. La Corte di Parigi (15 novembre 1871) la ritenne valida, avendo considerato trattarsi di questione di fatto più che di diritto. »

3. A dir vero, non puossi dire che il figliuolo sia messo fuori causa quando trattasi di sapere se sia stato ovvero no

(1) Cass. Firenze, 3 maggio 1876 (*F. It.*. 1876, 2, 330); Cass. Roma, 2 dicembre 1898 (*Legge*. 1899, 1, 678); 3 giugno 1895 (*C. S. Rom.*. 1895, 340); 10 novembre 1899 (*Riv. Pen.*. LI, 157); 31 marzo 1901 (*Ibid.*. LIV, 81) quand'anche l'ucciso abbia lasciato figli. Non al fratello di latte dell'ucciso, trovatello come lui ed allevato dagli stessi genitori putativi. Cass. Roma, 23 gennaio 1903 (*Cass. Un.*, XIV, 1105).

(2) Cass. Palermo, 2 maggio 1881 (*Giur. It.*. 1881, 219); Cass. Roma, 22 gennaio 1881 (*Ibid.*. 1881, 147).

(3) Catanzaro, 27 agosto 1900 (*Cass. Un.*, XII, 397); Cassaz. Roma, 29 novembre 1900 (*Riv. Pen.*. LIII, 287).

(4) Op. cit., XX, n. 534.

Digitized by Google

riconosciuto dal genitore. Nella specie però, senza ricorrere al possesso di stato, che nella filiazione naturale è negato dalla gran maggioranza degli scrittori, basta il fatto che il fanciullo figurava iscritto come figlio di quella tale donna e che questa riconosceva tutta l'efficacia di un tal fatto. Ma quando da nessun documento possa argomentarsi il riconoscimento del figlio, quando nessun dubbio siavi che non sia stato riconosciuto, potrà la madre esercitare l'azione di risarcimento e costituirsi parte civile? Nol crediamo, perchè ogni effetto giuridico è dipendente dal riconoscimento; e se ci si obbiettasse la famosa questione relativa agl'impedimenti del matrimonio quando non esiste riconoscimento, risponderemmo che, pur riconoscendo l'importanza gravissima di tale questione e le alte ragioni d'ordine morale che vi si connettono, nella specie della quale ci occupiamo si tratta di far valere un diritto contro il terzo; diritto che è legato assolutamente alla condizione di dimostrare che il defunto fosse stato figliuolo della donna che affermasi madre (o, in altra ipotesi, che un tale fosse figliuolo della donna che fu lesa), e mancando il riconoscimento, il terzo ha ben diritto a valersi di una eccezione che è fondata nella legge.

4. *Quid* se si trattasse di figliuolo adulterino?

Bene ha giudicato la suprema Corte romana ammettendo il diritto al risarcimento in favore dei genitori a causa della uccisione del figliuolo. « Considerando che ogni persona offesa o danneggiata da un reato può costituirsi parte civile nel giudizio penale (art. 104, 109 proc. pen.); che si fa luogo per risarcimento anche dei danni derivanti dal reato; che la procreazione di un figlio adulterino, benchè proceda da unione riprovata, produce un vincolo di natura fra generanti e generati, coi conseguenti rapporti, affermati, nel caso concreto, dalla Corte di merito; che in vista di coteste relazioni, i genitori di M. G. non potevano non sentire onta e dolore per il misfatto, ond'egli fu prima contaminato e poi trucidato; è d'uopo ammettere che non mancava ad essi una ragione da sperimentare con azione civile, per chiedere una riparazione al danno morale sofferto. Nè

Digitized by Google

ostano le disposizioni del Codice civile indicate dal ricorrente (art. 180, 186, 194) perchè relativi ad altro ordine di rapporti, i quali perciò non escludono la facoltà di agire per detto titolo » (1).

Pare che la stessa Corte suprema abbia in altro modo giudicato con decisione 11 ottobre 1895 (2), perchè ammise che il figliuolo naturale non riconosciuto, ed anche il semplice proietto ritenuto come figlio dell'ucciso, possono costituirsi parte civile contro l'uccisore. Però, nella predetta decisione la Corte astrae dal vincolo di parentela e fonda la ragione di decidere sul danno risentito dall'asserto figlio. « Osserva che il C. L., sia che fosse figlio naturale dell'ucciso P. P., sia che fosse un semplice proietto da costui ritenuto come figlio, ben poteva costituirsi parte civile, dal momento che la Corte d'Assise, con giudizio ed apprezzamento incensurabile di fatto, riconobbe nel C. una persona offesa e danneggiata dal reato, e che aveva anche un interesse morale nel fatto. E di vero, pur nell'assenza di un vincolo legittimo e legale, non si può negare che i rapporti personali interceduti tra la vittima del reato ed il C., che fu tanto da quella beneficato, appunto da essere stato ritenuto e considerato come figlio, costituissero per costui un sommo interesse morale che lo indusse a chiedere una giusta riparazione pel danno sofferto. L'articolo 1 proc. pen. non contiene limitazione alcuna ed accorda il diritto di costituirsi parte civile ad ogni persona offesa o danneggiata dal delitto, e tale era indubbiamente il C. ».

5. È agevole comprendere come a questo modo qualsiasi indagine sulla qualità della persona che domanda il risarcimento del danno sia superflua; basta che il giudice del merito abbia ritenuto danno in occasione d'un reato o danno da altri commesso, perchè sorga il diritto al risarcimento.

---

(1) Decis. 30 maggio 1901 (*F. It.*. 1901, 1, 429). Per le stesse ragioni dev'essere riconosciuto al figliuolo adulterino o incestuoso il diritto di costituirsi parte civile nei casi dell'art. 193 Codice civile in cui abbiano diritto agli alimenti. Conf. Giorgi, op. cit., V. n. 189.

(2) *F. It.*. 1895, 2, 534.

Digitized by Google

Questa teoria è molto compromettente, perchè all'esistenza di una persona possono legarsi interessi d'ordine puramente etico; in altri termini un uomo può esercitare doveri puramente morali. Orbene tutte le persone che traevano vantaggio dall'esercizio di puri doveri morali, non rimangono danneggiati dalla scomparsa violenta del benefattore? E risentendo un danno, non debbono essere risarcite? Quale sarà il criterio che dovrà guidare il giudice e l'interprete in materia altrettanto grave quanto delicata?

Abbiamo veduto come il fatto di tenere un proietto come figliuolo; in altri termini, il fatto che un estraneo sia stato beneficato, abbia indotto a riconoscere in favore di questo l'azione di risarcimento per la uccisione del benefattore (1). E così è stata ammessa l'azione della donna legata col solo vincolo religioso (2). Si è detto che non basta una semplice ragione di dolore, ma occorre un rapporto giuridico coll'offeso (3); ma qual rapporto giuridico sorge dal matrimonio religioso nel nostro diritto? Nessuno, per quanto quel vincolo possa essere di supremo interesse morale per talune persone.

Tuttavia s'è ammesso il diritto al risarcimento fondato sopra ragioni che non siano d'indole giuridica. La donna aveva avuto un ventennio di vita comune coll'ucciso, cementata dal vincolo religioso; fu privata di colui che per *proprio decoro e per dovere di natura, se non civile,* le avrebbe somministrato gli alimenti per tutta la sua vita — « mentre orbata come fu del valido suo appoggio, tapina qual era ed in età avanzatissima, dovrebbe consumare i suoi giorni alla mercè della carità cittadina, mentre il danno da lei sofferto nella specie si presentava più grave, perchè con la violenta uccisione del M., le fu repentinamente troncata la onesta e giusta speranza dell'effettuazione del matrimonio civile, con i conseguenti diritti che ne sarebbero derivati, e quindi potesse la medesima, quanto meno, considerarsi

(1) Conf. Catanzaro, 21 settembre 1901 (*Giostra*, 1901, 53).

(2) Cassaz. Roma, 12 giugno 1896 (*Legge*. 1897, 1, 23); Venezia, 22 marzo 1901 (*Giur. It.*, 1901, 168).

(3) Cass. Roma, 12 giugno 1896 cit.

Digitized by Google

danneggiata dall'omicidio in parola, e mantenersi la di lei costituzione di parte civile, potendo costituirsi parte civile a termini dell'art. 109 proc. pen., qualunque persona offesa o danneggiata, come in caso analogo aveva ritenuto questo supremo collegio. La Corte d'assise emise un giudizio che, relativo all'apprezzamento dei fatti, si sottrae al sindacato della Corte di Cassazione e non contiene alcun concetto erroneo di diritto. Poichè l'azione civile nascente da reato, attribuita dalla legge ai danneggiati, spetta non soltanto a coloro che strettamente e materialmente ne rimangono offesi, ma altresì a coloro i quali per legittima riverberazione ne abbiano personalmente e moralmente sentito detrimento e giustifichino non già una mera ragione di dolore, ma un *giuridico rapporto* coll'offeso, tanto più che l'azione pel danno non richiede la preventiva specificazione del quantitativo, ma può limitarsi alla quistione di semplice spettanza, salva la liquidazione in altro giudizio, e quindi correttamente potè ritenersi la M. effettivamente danneggiata dalla uccisione del M., del quale era ritenuta dai compaesani moglie legittima, che le impedì per sempre di dividere la di lui sorte, siccome aveva fatto per 20 anni, le tolse la speranza di legittimare la sua unione innanzi allo stato civile, e le troncò l'avvenire privandola dell'appoggio che dall'ucciso le proveniva ».

Ma dov'era, nella specie, il rapporto giuridico coll'offeso? Dov'era la legittima riverberazione dell'offesa? Per quanto si possa fare omaggio ai sentimenti di pietà che ispirarono la Corte, essa non era chiamata a risolvere un quesito morale, ma una tesi strettamente giuridica, e di argomenti giuridici non ne adduce affatto.

6. Ritorniamo ancora sullo stesso punto. Il giudice del merito ritiene il danno allegato, e qui si arresta; la Corte regolatrice non trova da censurare trattandosi d'un apprezzamento di fatto. Ma il criterio per avere diritto al risarcimento le persone che traevano vantaggio dall'esistenza di colui che fu vittima del delitto sarà sempre il pregiudizio risentito?

Digitized by Google

La dottrina interpreta anch'essa in senso lato l'obbligo del risarcimento in materia di delitti e quasi delitti. Secondo Zachariae, l'obbligo è verso ogni persona che ne abbia sofferto in modo indiretto (1). Laurent (2) accetta il principio formulato dalla Cassazione così: « Il fatto dannoso dà luogo ad un'azione di danni interessi in favore di ogni persona che abbia sofferto un pregiudizio diretto risultante da tale fatto » (3); ma limita l'azione alla vedova, al marito. ai genitori, ai figliuoli, ai fratelli ed alle sorelle, e non si occupa di altre persone. Dunque sarebbero esclusi tutti gli estranei, tutti coloro che non facciano parte della famiglia, che non abbiano le qualità predette, quantunque avessero risentito un danno economico a causa del maleficio? E l'autore del danno dovrà sopperire a tutte le beneficenze che esercitava il defunto, ovvero colui che rimase in condizione di non poter più lavorare?

Non crediamo che si possa estendere in maniera così illimitata l'azione di risarcimento. L'azione presuppone il diritto, ed il danno risarcibile deve risolversi nella lesione del diritto stesso. Ora, ogni persona beneficata non lo è per effetto di un obbligo giuridico, chè sarebbe contraddizione; il benefattore adempie un dovere morale, il cui esercizio a niuno può fare acquistare diritti.

7. Gli scrittori di diritto civile hanno data all'azione di risarcimento di danno una estensione più lata che non gli scrittori di diritto e procedura penale. La legge, scrive il Borsari, ha bisogno di fondare le sue determinazioni in un rapporto di diritto; non iscruta il senso morale e non investiga le coscienze, nè misura quanto si faccia reo chi non ama ed osserva il proprio benefattore (4). E dice che il giudice non debb'essere prodigo relativamente all'ammissione di parte civile; quindi non sarà ammesso *civiliter agens* colui che non mostri di avere un interesse economico qua-

(1) Op. cit., § 445.
(2) Op. cit., XX, n. 534.
(3) Rig., 21 luglio 1869 cit. di Laurent.
(4) *Az. Pen.*, n. 258.

Digitized by Google

lunque sia, o un interesse morale, un supremo e di primo ordine, e da tutti gli uomini assentito e rispettato; quello per esempio che niuno può negare al dolore del figlio o della vedova dell'ucciso. E ritiene che più d'uno che divide lo stesso dolore potrà ammettersi all'esercizio dell'azione simultaneamente, escludendo i parenti meno strettamente congiunti all'ucciso, con quel tatto di prudenza che la teoria non insegna (1).

Ma, astrazione facendo dall'interesse morale, basterà il solo interesse economico? Non dovrà essere suffragato da un elemento giuridico?

Borsani e Casorati respingono il principio dell'antica giurisprudenza, seguìto anche dall'Hélie, e per cui attingendo al diritto romano, anzi spingendosi oltre, riconoscono il diritto al risarcimento ai più prossimi congiunti, indipendentemente dalla qualità ereditaria. È impossibile, essi dicono, che dagli affetti domestici nasca un'azione civile di risarcimento di danno. Che i legami del parentado, i vincoli dell'affetto domestico conducano a provocare colla querela un'azione penale, da ognuno si comprende; ma che gl'istinti del cuore servano di fondamento ad un'azione di liquidazione d'interesse pecuniario, è ciò che, secondo i prelodati scrittori, urta con la ragione e col sentimento. E quindi non resta che attenersi alla sola norma che debb'esserci di guida, alla legge, la quale (art. 1 e 3 proc. pen.) dispone che l'azione civile spetta al danneggiato. « La medesima non può dunque essere desunta dai rapporti di famiglia, dalle leggi del cuore, ma nasce dal fatto di un danno. Dov'è danno, c'è azione, senza riguardi personali; dove non è danno, non può essere azione » (2).

8. Ecco l'espressione della teoria lata, per cui basta l'esistenza del danno per attribuire diritto al risarcimento. Senza tener conto del *riguardo personale*, si dice; dunque ogni persona che in qualsiasi modo abbia risentito danno dal delitto o dal quasi delitto, debb'essere risarcita. È una

(1) Op. cit., n. 259.
(2) *Cod. di proc. pen. it. comm.*. I, § 97.

Digitized by Google

teoria empirica, la quale, così com'è formulata, può essere spinta sino alle ultime conseguenze. Anche i poveri beneficati dall'ucciso risentono danno; competerà ad essi l'azione di risarcimento. Sourdat (1) ricorda che vi furono tribunali i quali condannarono il colpevole a pagare una somma ai poveri, aggravando così illegalmente la pena.

L'azione civile, si dice, non può essere desunta dai rapporti di famiglia, ma dal fatto del danno. Secondo il nostro modo di vedere, nulla di più erroneo del non tener conto dei rapporti di famiglia, sia pel danno morale, come per quello materiale; e l'antica dottrina che riconosceva il diritto al risarcimento negli stretti congiunti *jure sanguinis* aveva una base razionale e giovava a contenere entro stretti confini le pretese di risarcimento. Solo nell'orbita delle relazioni di famiglia si può concepire un danno risarcibile in via giudiziaria, perchè i componenti la medesima possono risentire quel pregiudizio materiale e morale che faccia sorgere legittimo interesse al risarcimento. Il principio proclamato nell'art. 36 proc. civ. non viene mai meno di fronte a qualsiasi azione che vogliasi sperimentare in giudizio. L'interesse anzitutto debb'essere legittimo, tendente alla reintegrazione del diritto leso; e la lesione del diritto debb'essere giustificata. Però, il diritto dev'esserci; come potrebb'esservi un interesse legittimo senza che fosse fondato in un diritto? Ebbene, ordinariamente quest'interesse legittimo sorge nel coniuge, nei discendenti, negli ascendenti, nei fratelli e nelle sorelle, e potrebbe anche sorgere negli affini in linea retta; e quando si dice che tali persone possono agire come danneggiati e non come congiunti, *jure sanguinis*, si afferma cosa che non ha senso.

Fuori dubbio, il danno debb'essere sempre provato; è il presupposto dell'azione. Ma è danno in quanto sia subìto da una persona, che, p. es., ritraeva dall'ucciso quell'assistenza che era l'effetto di un preciso dovere giuridico. La perdita del padre è danno pei figliuoli, pel coniuge, per l'ascendente che da quello erano alimentati e mantenuti; sarà danno altresì per una persona alla quale l'ucciso avesse corrisposto

(1) Op. cit., n. 59.

Digitized by Google

una pensione di carità. Però, nel primo caso, l'uccisione del capo della famiglia lede evidentemente il diritto dei congiunti, e quindi sorge in essi l'interesse legittimo al risarcimento; nel secondo, dov'è la violazione del diritto? V'è, senza dubbio, il danno; ma difetta l'interesse legittimo a chiedere il risarcimento. È chiaro adunque come non possa farsi astrazione dalla qualità delle persone che diconsi danneggiate per ripercussione; è erroneo che non si debba tener conto del *riguardo personale*. Non basta che ci sia un danno perchè sorga l'azione di risarcimento; occorre, come ben disse la suprema Corte romana (quantunque l'avesse obliato nella stessa sentenza) un *rapporto giuridico coll'offeso* (1); e, trattandosi delle persone sopra menzionate, il rapporto esiste, e solo il danno debb'essere provato.

9. Ben si dice quindi che il padre, il quale domanda il risarcimento per l'uccisione del figlio, agisca *jure proprio*, indipendentemente da qualunque qualità ereditaria (2), e così il fratello (3). Ciò per dimostrare che non occorre si abbia la qualità ereditaria per esercitare l'azione di risarcimento; non già che basti l'esistenza del danno per rendere ammessibile la detta azione. Il padre è da reputarsi danneggiato perchè padre, e così pei figliuoli, per i fratelli, per le sorelle, pel coniuge. Agiscono *jure proprio*, ma colla qualità di persone aventi legittimo interesse al risarcimento.

Quel che diciamo trova la riconferma quando trattasi di danno morale. Un intimo amico dell'ucciso può aver sentito un dolore immensamente superiore a quello di uno stretto congiunto; ma a nessuno verrebbe in mente di riconoscergli un diritto al risarcimento pel dolore morale, mentre allo stretto congiunto si riconosce senz'alcun dubbio perchè agisce *jure sanguinis*.

Non mancano decisioni nella patria giurisprudenza, che abbiano fatto la dovuta applicazione del principio che governar deve il diritto al risarcimento. Un operaio

---

(1) V. decis. sopra cit.
(2) Aquila, 27 maggio 1892 (*F. Abruzz.*. VI, 150).
(3) Torino, 2 settembre 1889 (*La Giur.*. 1889, 782).

Digitized by Google

rimane ucciso per lo scoppio di una macchina; la Corte d'appello di Torino ha limitato il risarcimento a quegli eredi legittimi che dimostrino di avere risentito danno. A tale stregua, riconosciuto il diritto ai genitori ed alla vedova dell'ucciso, non può allo stesso modo attribuirsi ai fratelli ed alle sorelle che non si trovassero in condizione di avere bisogno degli alimenti a norma degli articoli 141 e 142 del Codice civile (1).

10. Gli autori della *Teorica del Codice penale* affermando il principio che non ogni specie di pregiudizio dia luogo a risarcimento di danno, ricordano l'art. 94 del Codice del 3 brumaio, anno IV: per essere ammesso a proporre querela, bisogna avere un interesse diretto ed un diritto statuito di constatare il delitto allorchè esista, e di adire la riparazione contro il delinquente (2). Ed i predetti scrittori ritengono che, anche sotto l'impero degli articoli 1 e 63 del Codice d'istruzione criminale, bisogna attenersi al principio del Codice di brumaio (3). Sourdat riproducendo l'insegnamento di Merlin, conforme a quel principio, scrive: « il principio fondamentale riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza si è che un interesse diretto ed un diritto attuale e certo possano servire di base ad un'azione di questa natura (4)... l'interesse debb'essere diretto, e noi abbiamo ciò espresso dicendo che la lesione debb'essere personale (5). Adunque, semprechè siavi un interesse diretto, legittimo, attuale, può sorgere l'azione di risarcimento; e tale interesse può esistere al di fuori della qualità di congiunto. Si

---

(1) Torino, 9 dicembre 1887 (*Ann.*. 1888, 87). Dalla stessa decisione fu ritenuto che l'essere il padre ricoverato in un ospizio di carità non lo priva del diritto al risarcimento. Ma dubitiamo che ciò possa ammettersi, perchè, data tale condizione di fatto, nessuna influenza, sotto il punto di vista del danno materiale, ha esercitato la uccisione del figlio.

(2) Op. cit., n. 320.

(3) In questo senso: MERLIN, *Quist. di dir.*. v. *Quist. di Stato.* § 1; LEGRAVERAND, *Leg. crim.*. I, p. 195.

(4) Op. cit., n. 32.

(5) Op. cit., n. 33.

Digitized by Google

adduce l'esempio in cui l'ucciso gestiva un'azione da industriale, spiegando una capacità ed un'attività eccezionali; il fratello, che era socio, risentì grave danno, e fu ammesso al risarcimento (1). L'azione è esercitata *jure proprio* e potrebbe essere esercitata anche da un estraneo, da un socio qualsiasi. Il legame giuridico non può mettersi in dubbio, e l'interesse è legittimo. In questo e simili casi è la regola generale che viene applicata.

11. E qui dobbiamo anche noi protestare contro quella giurisprudenza, la quale lascia al pieno arbitrio dei giudici di merito ogni statuizione sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti (2). Certo, il constatare se danno esista ed in che misura esista, è apprezzamento di fatto, sul quale le Corti regolatrici non possono interloquire (3); ma non basta che un danno esista perchè sia risarcibile, occorre che ci sia una persona responsabile ed un'altra che abbia interesse legittimo al risarcimento, e quindi quel tale rapporto giuridico di cui parla la suprema Corte romana nella decisione sopra ricordata. La quistione di sapere se una persona che si pretenda lesa, osserva il Sourdat, possa domandare i danni interessi in base ad un interesse *diretto* e *attuale*, è una questione di diritto della quale ben può conoscere la Cassazione. L'interesse e quindi la qualità o l'attitudine per esercitare l'azione, sono indipendenti dal *quantum* del danno sofferto e dalle difficoltà dell'apprezzamento; ciò che bisogna determinare è la natura del danno recato ai diritti personali ed al diritto di proprietà di coloro che domandano il risarcimento, ed i rapporti più o meno immediati col fatto riconosciuto costante (4). E l'autore ricorda l'arresto del 15 giugno 1833, col quale fu riconosciuto ai farmacisti il diritto al risarcimento contro coloro che abusivamente esercitano tale professione; e noi possiamo ricordare la decisione della suprema Corte romana, della quale ci siamo occupati.

(1) Demolombe, n. 675; Sourdat, n. 73 *ter*. V. le decis. ivi cit.
(2) Cass. Roma, 22 ottobre 1894 (*C. S. Rom.*. 1895, 798).
(3) Cass. Torino, 3 marzo 1893 (*Legge*. 1893, 1, 736).
(4) Op. cit., n. 50.

Digitized by Google

12. Dopo quanto abbiamo detto riesce agevole determinare se ed in che limiti abbia luogo trasmissione di diritto al risarcimento in favore degli eredi danneggiati.

La trasmessibilità dell'azione di risarcimento era ammessa dalle leggi romane (1). Nell'odierno diritto, alcuni scrittori ammettono la trasmessibilità dell'azione in favore degli eredi senza alcuna distinzione per ciò che si riferisce a delitto civile o quasi delitto; ma trattandosi di delitto penale, escludono la trasmessibilità dell'azione derivante da ingiuria alle persone. Nel primo caso abbiamo un'azione puramente pecuniaria, che fa parte del patrimonio di colui al quale appartiene e passa col patrimonio agli eredi; e quindi si applica lo stesso principio che si applicherebbe ai creditori che volessero agire nel nome del debitore. Nel secondo, il silenzio dell'offeso fa presumere il perdono, e quindi cancella l'ingiuria e fa venir meno l'azione (2).

Si riconosce, senz'alcun dubbio, che se il delitto è rife ribile ai beni di una data persona, l'erede che diventa proprietario di tali beni può esercitare l'azione di risarcimento contro l'autore del danno; ma trattandosi di delitti contro la persona, altre distinzioni si sono fatte. Se a causa del delitto sia seguìta la morte, scrive il Sourdat (3), la vedova o il marito ed i figliuoli che domandano contro l'uccisore i danni interessi, attingono il loro diritto nel pregiudizio che direttamente risentono. Non agiscono soltanto colla qualità di eredi, ma come persone lese nel loro affetto, negli interessi proprii, come esercenti la loro azione personale. Poco importa quindi la qualità di erede. Così, alla vedova è stata riconosciuta l'azione civile a causa dell'omi-

---

(1) *Inst.*. IV, 12, 1: *Sed haeredibus hujusmodi actiones* (cioè le penali) *competunt. nec denegantur, excepta injuriarum actione et si qua alia similis inveniatur.* — Fr. 1, § 1, Dig. 47, 1: *Haeredem autem furti agere posse aeque constat: executio enim quorumdam delictorum haeredibus data est. Ita et legis Aquiliae actionem haeres habet. Sed injuriarum actio haeredi non competit.*

(2) LAURENT, op. cit., XX, n. 535 e XVI, n. 419; DURANTON, X, n. 557 e seg. La trasmessibilità è riconosciuta come regola generale assoluta da LE SELLYER, *Eserc. dell'az. pubbl. e priv.*. n. 276.

(3) Op. cit., n. 54.

Digitized by Google

cidio del marito, malgrado abbia rinunciato alla comunione. Così, ciò che un figlio abbia ottenuto dall'esercizio dell'azione civile, non va imputato al patrimonio ereditario, perchè l'azione non era in questo compresa (1).

Ma lo stesso scrittore, dopo di avere considerato l'azione spettante ai congiunti delle vittime come derivante *jure sanguinis et vindicta*, domanda se avendo il congiunto la qualità di erede, trovi nella successione il diritto al risarcimento; quel diritto che avrebbe forse potuto essere esercitato dall'offeso se fosse sopravvissuto all'attentato.

« Questa questione, così egli risponde, non presenta molto interesse pei prossimi congiunti, perchè ad essi compete l'azione in proprio nome, e che infine si confonderebbe con *quella stessa che il defunto avrebbe esercitata se fosse sopravvissuto.* Non si vede bene quale vantaggio avrebbero esercitando l'azione quali eredi della vittima. Ma lo stesso non può dirsi per gli eredi più lontani e pel legatario universale, che, sotto il punto di vista successorio, ha gli stessi diritti dell'erede di sangue; essi non hanno da far valere nè un interesse morale o d'affezione abbastanza qualificato per determinare una domanda di riparazione, nè la perdita di un credito alimentare, nè altra circostanza dalla quale risulterebbe un pregiudizio materiale. In certi casi la successione aprendosi fra loro in maniera inaspettata, costituirebbe un vantaggio, sotto il punto di vista pecuniario, anzichè una lesione. Tuttavia, giuridicamente parlando, sembra che bisogna riconoscere ad essi il diritto di esercitare l'azione come rappresentanti le vittime e continuatori della persona di essa. L'uomo mortalmente ferito e subito spento, anch'esso aveva acquistato, nell'istante che separa il colpo fatale dalla perdita della vita, il diritto ad una indennità, che necessariamente trasmette ai suoi eredi. Pothier ammetteva questa trasmissione in un caso analogo e se la si rifiutasse all'erede, egli non avrebbe alcun diritto nel caso in cui non fosse di coloro ai quali appartenga l'azione diretta e personale, di costituirsi parte civile, per

(1) V. le autorità che lo scrittore cita in nota.

Digitized by Google

far pronunziare condanna contro l'uccisore. Nondimeno importa alla società ed è conforme a giustizia, che l'erede insista nella condanna e concorra a sostenere l'azione pubblica, costituendosi parte civile, il che è un punto generalmente ammesso. Ciascuno degli eredi può esercitare questa azione entro il limite del proprio diritto successorio. Tuttavia bisogna riconoscere che l'apprezzamento dell'indennità è delicato, ed il giudice dovrà imporsi molta ponderazione: poichè, in fin del conto, se la vittima ha sofferto nella sua persona, se la vita le è stata tolta, quanto tempo ne avrebbe ancora goduto, ed in quali condizioni? Una malattia, un accidente imputabile a nessuno, non avrebbe potuto determinare la morte? La vecchiezza, la infermità ne avrebbero intralciato l'attività, arrestato le operazioni industriali e fatta venir meno ogni funzione lucrativa; avvenimenti impreveduti avrebbero dileguato o attenuato ogni speranza. Bisogna considerare tutto ciò che di aleatorio presenta la vita, nulla ammettendo nel calcolo dell'indennità che possa apparire come una speculazione sulla morte, come un vantaggio che, secondo l'ordine naturale delle cose, lo stesso defunto non è certo che avrebbe trasmesso » (1).

Abbiamo riferito tutto il ragionamento del Sourdat per far rilevare i dubbii, le incertezze che informano la dottrina ch'egli sostiene; e di conseguenza per cercare di stabilire quale principio debb'essere seguìto in ordine all'esercizio dell'azione di risarcimento da parte degli eredi dell'offeso. Consideriamo l'ipotesi in cui quest'ultimo sia rimasto vittima del maleficio. Gli eredi, legittimi o testamentari, trovano nel patrimonio del loro autore anche l'azione civile contro l'uccisore?

13. Senza esitazione, rispondiamo di no. È una sottigliezza e nulla più quella del Sourdat, secondo il quale l'uomo ferito abbia acquistata l'azione di risarcimento nell'istante tra il colpo fatale e la morte. Nella migliore delle ipotesi, non avrebbe acquistata che un'azione contro un feritore; ma l'azione contro l'uccisore non può essere quesita

(1) Op. cit., n. 56 *bis*.

Digitized by Google

che da altri, appunto perchè è diretta contro un uccisore. « In sua vita il defunto non ha acquistato altro diritto eccetto quello della ristorazione del danno derivante dal ferimento; e tale è il diritto che egli può avere o trasmesso agli eredi o estinto colla rinuncia. L'azione invece per il risarcimento del danno derivato dalla sua morte è nata posteriormente, ed è personale ai superstiti che in lui hanno perduto la sorgente del loro benessere, ed essi soli hanno diritto di rinunciarvi » (1).

Non è indifferente adunque per coloro che possono esercitare l'azione *jure proprio*, che la esercitino ancora *jure haereditatis;* non è indifferente, perchè procedendo colla qualità ereditaria eserciterebbero un'azione che non venne loro trasmessa dall'autore, e quindi non può far parte del costui patrimonio. Prossimo o remoto che sia l'erede, legittimo o testamentario che sia, non può esercitare una azione ereditaria che non gli sia stata trasmessa. Ma allora, si risponde, se l'erede non sia di quelli che possono esercitare l'azione personale e diretta, non potrebbe costituirsi parte civile. Per l'appunto, ed è ciò che riteniamo conforme alla logica giuridica. Rappresenti pure la vittima l'erede, e, come tale ne continui la persona giuridica; ma quando non trova un'azione nel patrimonio ereditario, come mai può esercitarla a titolo di erede?

13 *bis*. Adunque, nell'ipotesi che contempliamo, l'azione non può mai essere esercitata *jure haereditatis*, ma *jure sanguinis*, dalle persone alle quali devesi riconoscere tale diritto, secondo quanto abbiamo già detto.

I congiunti dell'ucciso ed il coniuge nulla possono pretendere *jure successionis;* soltanto possono domandare *jure proprio* di essere risarciti del danno che abbiano sofferto e continuino a soffrire a causa del reato. Pretendere di trovare nel patrimonio dell'ucciso il prezzo della costui vita è un assurdo. Molto opportunamente il Venezian (2) ricorda

(1) Borsani e Casorati, op. cit., I, § 97.
(2) Op. cit., pag. 155.

Digitized by Google

una decisione della Corte di Messina, 21 dicembre 1869 (1) che fece omaggio al menzionato principio.

Nel nome dei figliuoli minorenni dell'ucciso e come prezzo della vita di esso, si domandavano lire centomila, e si diceva: « Fiumara vivo acquistò *ipso facto* dal momento della ferizione il diritto al risarcimento di ogni danno, che gliene sarebbe venuto. Questo diritto assoluto, completo, attuale in quanto alla *pertinenza*, è condizionato invece in rapporto alla *estensione*. Or, morto Fiumara, il diritto quesito riguardo alla *pertinenza*, come formante parte del patrimonio del defunto, è già passato agli eredi; e poichè la condizione della morte si è già avverata, ne segue che il diritto è divenuto puro e semplice anche in rapporto alla *estensione* ed ammontare del danno a rifarsi; e quindi vi si debbe comprendere il prezzo dell'avvenire perduto ». Al che la Corte rispondeva: « Se Fiumara fosse vissuto, a lui senza dubbio sarebbe appartenuto il diritto quesito al ristoro del danno, ma non estensibile (e in ciò gli stessi attori convengono) al danno derivante dall'avvenire perduto, ossia al prezzo della sua esistenza; perchè vivere ed aver diritto al risarcimento del danno che viene dalla morte importa vero antagonismo nei termini e nel concetto. Morto il Fiumara, il diritto che non potè acquistare egli stesso a cagione della vita mancata, che era la condizione dello acquisto, non può essersi trasmesso agli eredi. Costoro, come eredi, non possono acquistare diritti maggiori di quelli che trovano nel patrimonio del defunto. Or nel patrimonio di lui gli eredi non potevano trovare il diritto all'avvenire perduto; i diritti dell'offeso non potevano estendersi a tanto... Il defunto Fiumara non acquistò al momento del reato nè diritto puro e semplice, nè diritto condizionato per quel che concerne indennizzazione per l'avvenire perduto. Non *puro e semplice*, perchè un tal diritto è incompatibile colla vita; non *condizionato*, perchè la morte, che sarebbe la condizione, rende impossibile l'acquisto del diritto. I morti non hanno che i diritti quesiti in vita. Dal-

(1) V. *Temi Zanclea*, 1870, pag. 10 e *Ann.*, IV, 2, 191. V. anche FERRINI, *Del. e quasi del.*, n. 130, in Dig. It.

Digitized by Google

l'istante in cui la vita ci abbandona e si muore, manca il soggetto capace del diritto che vuol conseguirsi. Dire che il primo istante della morte appartenga alla vita, per conchiudersi, come han fatto gli attori, che appena si muore il diritto si acquista e si trasferisce agli eredi è teorica che trascende l'intendimento della Corte e che non può quindi accettarsi. Si dice che gli eredi continuano la persona giuridica del defunto, e niuno vorrà certo negare una tale verità; ma essi non continuano la vita fisica di costui per inferirsene che i diritti non acquistati dal Fiumara per la seguìta sua morte siansi acquistati dagli eredi. S'insorge, che poichè si è recata la morte, è giusto che si paghi il lucro non prodotto per proprio dolo; ma non si pone mente che in questo modo si scambiano i termini della quistione. Qui non trattasi di vedere se col torre altrui la vita non si tolga il maggior bene che riconoscasi a questo mondo; ma è a vedere invece se la vita dell'uomo sia capace di stima e di valore, e se possa senza strana confusione di idee, la sua perdita comprendersi fra le diminuzioni del patrimonio del defunto. Del resto, ammessane la valutabilità, chi avrebbe il diritto a chiedere il lucro non prodotto? L'offeso vivo? No, perchè in vita non lo ha perduto; a lui manca il diritto a tale specie di risarcimento: in altri termini, il diritto ad essere indennizzato non estendesi fino a comprendere ciò che non si perde ancora; or se il diritto non si acquista da lui, non può per ciò stesso trasmettersi agli eredi ».

Ferrini accetta il principio ritenuto dalla predetta decisione e scrive: « Donde segue che non può discorrersi di domanda di risarcimento spettante agli eredi *come tali jure successionis:* un credito insomma ereditario, soggetto a collazione e imputazione. Ma si domanda se altre persone che non siano gli eredi possano agire all'uopo e *non jure proprio,* ma *jure successionis.* Ora a me pare che per la vedova e i figli tale quesito abbia senz'altro a risolversi affermativamente. Essi hanno un vero e proprio diritto sugli emolumenti del marito e del padre, il quale ha il *dovere giuridico* di mantenerli e di mantenerli in conformità al proprio stato; e poichè tale diritto viene interrotto nella

Digitized by Google

sua esplicazione dal fatto doloso o colposo del terzo, giusto è che costui provveda al risarcimento » (1). Ma è chiaro che nemmeno nei predetti casi di eccezione possa dirsi che la vedova o i figli agiscano *jure successionis*, perchè nulla trovano nel patrimonio dell'ucciso, per le ragioni che lo stesso Ferrini accoglie pienamente. Le dette persone non possono chiedere se non *jure proprio*, pel danno loro prodotto col fatto della uccisione del capo della famiglia, dall'opera del quale traevano sostentamento. E lo stesso Codice austriaco che il predetto autore cita in sostegno della propria opinione, altro non dice se non questo: « è altresì dovuto alla moglie ed ai figli dell'estinto il risarcimento di quanto venne loro a mancare » (§ 1327). Eguale disposizione abbiamo nell'art. 60 della legge federale svizzera sulle obbligazioni; ma nè l'una, nè l'altra accennano ad un risarcimento *jure successionis*. Del resto, lo stesso Ferrini, nel lavoro più volte citato, al n. 137 scrive: « Ma la vedova e i figli che chiedono risarcimento per l'uccisione del marito e del padre, non agiscono *jure ereditario*, ma *jure proprio*, e quindi l'azione loro compete, ancorchè abbiano rifiutato l'eredità del defunto, nè l'esperimento di tale azione coinvolge *negotiorum gestio*, e non implica quindi accettazione tacita di successione, giusta l'art. 934 Codice civile. Si avverta poi che l'azione sarebbe parzialmente *jure ereditario* e avrebbe tali conseguenze, se essi chiedessero rifusione delle spese di malattia, ecc., e insomma risarcimento dei danni subìti dal defunto mentre viveva, che aveva quesito il diritto alla riparazione e l'aveva trasmesso ai suoi successori ».

14. Allo erede legittimo o testamentario è da riconoscersi il diritto di continuare il giudizio di danni-interessi iniziato dall'autore, perchè in tal caso l'azione di risarcimento va compresa nel patrimonio del medesimo; il che non esclude che coloro i quali siano rimasti danneggiati, ed ai quali devesi riconoscere l'azione personale e diretta, possano esercitarla per conto proprio contro l'autore del

(1) Monogr. cit., n. 130.

Digitized by Google

danno, indipendentemente da ogni qualità ereditaria. Se non che la posizione diventa in tal caso molto delicata, perchè da una parte l'erede domanda quel risarcimento che avrebbe potuto chiedere l'offeso, ed i congiunti domandano altresì per conto proprio. Ora, soddisfacendo l'erede per ciò stesso l'autore del danno ha estinto ogni suo obbligo verso gli altri danneggiati? No, il fatto illecito può recar danno a più persone, ed avendo legittimo interesse al risarcimento, tutti debbono essere risarciti.

Puossi adunque fare a meno di quanto osserva il Sourdat sulla valutazione del danno in favore dell'erede testamentario o dell'erede che sia lontano congiunto. A costoro può domandarsi quale interesse morale, quale pretesa alimentare, qual pregiudizio materiale li spinga ad agire per risarcimento; e, specialmente per l'erede testamentario, che sia una persona estranea, sarebbe oltremodo esagerato ed ingiusto che gli si riconosca un'azione di risarcimento. Non basta quindi di avere la qualità di erede per esercitare l'azione suddetta dopo la uccisione dell'autore; occorre di essere una di quelle persone alle quali è mestieri di riconoscere l'interesse legittimo al risarcimento. L'erede in tal caso non può avere un vantaggio maggiore della conseguita e talvolta non isperata eredità.

15. All'erede devesi però riconoscere il diritto di proseguire il giudizio provocato dall'autore anche con semplice querela; nel quale caso la volontà fu chiaramente manifestata nel senso di perseguire il reato e quindi di esercitare l'azione civile. Ma sarà lo stesso nei casi di danno recato alla persona fisica, se il danneggiato fosse rimasto silenzioso fino alla morte? L'ipotesi è quella in cui la morte non fosse stata causa immediata del ferimento.

Hélie respinge l'applicazione delle leggi romane, che negavano all'erede l'azione nell'ipotesi anzidetta. Nell'odierno diritto non essendovi altra riparazione se non quella pecuniaria, ed ogni delitto dando luogo al risarcimento dei danni-interessi, ogni distinzione tra i delitti contro la proprietà e quelli contro la persona dev'essere respinta, sotto il punto di vista dei danni-interessi. Di conseguenza, l'azione di

Digitized by Google

risarcimento fa parte della successione del defunto, se questi non abbia fatto alcun atto che implichi rinunzia (1).

Il silenzio, si dice, non fa presumere la volontà di perdonare l'offensore. L'azione civile e quella penale possono essere esercitate disgiuntamente (art. 4 proc. pen.) e può costituirsi parte civile anche chi non abbia proposto querela (art. 109 Cod. cit.). Il danneggiato può limitarsi alla sola punizione del colpevole, senza curarsi del danno; può nemmeno essere animato da sentimenti di vendetta, non promuovere giudizio penale senza espressamente rinunziare all'azione civile. Ciascuno di questi intendimenti, si dice, sta da sè e non presta fondamento a congetturare sull'altro (2), e si adducono decisioni della Cassazione francese, la quale ha riconosciuto agli eredi l'azione di risarcimento, malgrado la vittima avesse esplicitamente perdonato il suo offensore. « È questa, scrivono Borsani e Casorati, una rigorosa applicazione della regola di diritto che le rinuncie non si presumono e si debbono ammettere solamente se espresse o quando sono una inevitabile conseguenza dell'atto da cui si desumono. I giudizii di congettura, di interpretazione della volontà che si nasconde nelle parole e nelle azioni dell'uomo sono giudizii di fatto, ai quali è impossibile assegnare una regola assoluta ed invariabile; perciò anche la quistione della efficacia del perdono sull'esercizio dell'azione civile nascente dal reato, è quistione che d'ordinario si aggira più sul fatto che sul diritto. Nondimeno, supposto il perdono nella sua forma più semplice e incondizionata, ci sembra applicabile anche alla legislazione italiana la succitata dottrina della giurisprudenza francese, e ad ogni modo riteniamo che non vi resista l'articolo 118 del nostro Codice di procedura penale » (3). Ed anche la suprema Corte romana giudicò che il danneggiato possa costituirsi parte civile malgrado che nell'istruttoria abbia dichiarato di volere perdonare l'offensore (4).

---

(1) Op. cit., I, 675. V. Sourdat, n. 57.
(2) Borsani e Casorati, § 96.
(3) Loc. cit.
(4) Decis. 7 novembre 1904 (*G. P. Tor.*. 1904, 508).

Digitized by Google

16. Noi respingiamo nella maniera più assoluta il principio proclamato da quella giurisprudenza. Di fronte al perdono esplicito, senza alcuna riserva, ogni restrizione mentale dev'essere esclusa. Se dubbio potesse mai sorgere di fronte all'offeso, non può essere ammessibile di fronte all'erede; ed il dubbio non andrebbe mai risoluto in favore dell'erede, il quale *certat de lucro captando.*

I commentatori del nostro Codice di procedura penale non dissimulano l'obbiezione che può trarsi dall'articolo 118 del detto Codice, per cui il desistente non può rinnovare la querela e perde il diritto di esercitare l'azione civile quando nell'atto della desistenza non abbia fatto espressa riserva. Sentiamo come rispondono a tale obbiezione, e per quali ragioni non intendono applicare al perdono il principio giuridico che la legge stabilisce per la desistenza. « Come il giudizio penale, se ha luogo, costituisce il titolo che serve di base all'azione civile, accertando irretrattabilmente il fatto e l'imputabilità, così è naturale che dall'atto della desistenza la legge induca la presunzione della rinunzia anche all'azione di risarcimento del danno. E tanto più fondata si manifesta la presunzione se si considera che facendo precedere al civile il giudizio penale, la parte si esonera dal carico della prova, che riesce più facile e sicura nelle mani del pubblico ministero, pei mezzi d'indagine di cui dispone, e che non sono in potere di alcun privato cittadino. Onde non si può supporre che la parte abbia voluto privarsi di tale vantaggio quando pure non intendesse di abbandonare il suo diritto di risarcimento. Tali sono le considerazioni per le quali la legge pronunzia la decadenza dal diritto all'azione civile conseguentemente alla desistenza dalla querela, ove nell'atto non ne sia stata fatta espressa riserva. Ma appunto perchè trattasi di presunzione desunta da circostanze e rapporti speciali tra l'azione civile e gli atti di querela e di desistenza, rimane precluso l'adito ad ogni illazione onde applicare le stesse conclusioni ad altri atti, non escluso quello del perdono dell'offesa » (1).

---

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

Tali ragioni non giustificano per nulla il disposto dell'articolo 118 proc. pen. Fu osservato con ragione come il concetto della patria legislazione, in ordine alla desistenza nei reati di azione privata, sia assai più razionale di quello della legislazione francese. Nell'articolo 116 proc. penale, osserva il Borsari, si è fatto omaggio al concetto della libertà individuale in tutta la sua ampiezza. Se il procedere criminalmente per piccole ingiurie, per diffamazione personale, ecc., può far più male che bene, aggravando gli odii, propagando le discordie e gli scandali, provocando rappresaglie, perchè non potrò io rappacificarmi col detrattore, stringergli la mano, perdonargli o accettare le sue scuse e abbandonare la causa criminale? (1). E perchè la desistenza non rappresenterebbe il perdono? Senz'alcun dubbio questa è l'idea che spontanea si presenta alla mente quando sentiamo che taluno abbia desistito; ed il patrio legislatore attribuisce l'efficacia completa del perdono alla desistenza fatta senza alcuna riserva, ritenendo estinta l'azione penale e quella civile (art. 118 proc. pen.).

Ben si argomenta adunque dalla desistenza al perdono espresso; e quando i commentatori del patrio Codice di procedura penale accolgono la giurisprudenza francese che, malgrado l'espresso perdono, riconosce sempre nell'erede l'azione civile al risarcimento, non pongono mente alla diversità del sistema e seguono principii che presso noi debbono assolutamente respingersi.

17. Ed ora ritorniamo all'indagine importante qual'è quella di sapere se possa l'erede istituire azione di risarcimento che non fosse stata esercitata dall'offeso.

Hélie vorrebbe fare eccezione soltanto pei reati di ingiuria, diffamazione, oltraggio, nei quali il movente si è la riparazione all'onore, alla reputazione della persona offesa; il cui silenzio potendosi interpretare come perdono e come un tacito divisamento di far sì che tutto cada nell'oblio, non deve permettersi all'erede di far ciò che il *de cujus* non

(1) *Az. Pen.*, n. 286.

Digitized by Google

volle fare (1). È la teoria romana, come sorge dai testi che sopra abbiamo riferiti e che venne accettata nell'antico diritto francese (2). Sourdat ammette la riserva di Hélie riguardo all'azione civile (3); i commentatori del nostro Codice di procedura penale la respingono nella maniera più assoluta. La trasmessibilità dell'azione civile nascente da reato è conseguenza, essi dicono, del principio generale di diritto successorio. Trattasi di un diritto acquisito al defunto, e l'erede lo raccoglie insieme alla massa di tutti gli altri beni. Sorse un titolo di credito durante la vita dell'offeso? Se non fu estinto con fatto posteriore, si trasmise all'erede. La circostanza di avere negletta la querela riesce indifferente perchè non ha impedito che sorga il titolo di credito, nè ha potuto estinguerlo. La querela non è condizione dell'esercizio dell'azione civile, e dall'omissione dell'una non nasce presunzione di rinunzia all'altra; nè scorgesi la ragione per cui dovrebbe ammettersi tale presunzione pei soli reati di diffamazione e di ingiuria. L'ingiuriato che non procede contro il suo offensore, nè penalmente, nè civilmente, è un uomo che non usa del suo diritto e nulla più. La trascuranza, domandano i predetti autori, trae forse con sè l'estinzione del diritto? Rispondono le leggi regolatrici delle prescrizioni, essi dicono. Che importa se il reato, per l'indole sua speciale, ferisca la persona più nel decoro che negli interessi materiali? Anche per questo reato la legge ha schiuse due vie all'offeso, l'una per la riparazione dell'onore, l'altra per quella del danno, e gli ha data facoltà di scegliere. Ha fatto sorgere dal reato questo titolo di credito, non condizionato all'esercizio dell'azione penale; e ciò basta per dedurre che, astrazione fatta dalla querela, il titolo ha dovuto trasmettersi integro agli eredi del danneggiato (4).

18. In questo ragionamento si affermano proposizioni che meritano essere discusse. Il diritto al risarcimento, si

(1) Op. cit., II, cap. III, § 116.
(2) V. Jousse, *Trattato delle quist. crim.*. III, 633.
(3) Op. cit., n. 58.
(4) Op. cit., § 98.

Digitized by Google

dice, era acquisito al defunto, e l'erede lo trova nella massa del patrimonio che a lui va devoluto; ma questo diritto al risarcimento è conseguenza dell'offesa patita, dell'ingiuria, della diffamazione. Ora, se l'offeso non reputò necessario di tutelare il proprio onore, ovvero la propria reputazione, cioè non credette usare del proprio diritto spiegando le azioni dalla legge concessegli, non si verificò la condizione alla quale quel diritto era subordinato, cioè la volontà di giovarsene? Il diritto esisteva potenzialmente; nel patrimonio dell'offeso non eravi che una speranza, la quale avrebbe potuto realizzarsi nell'ipotesi in cui egli lo avesse voluto. Il pubblico ministero non avrebbe potuto mettere in moto l'azione per l'indole stessa del reato; l'offeso serbò il silenzio; come mai può parlarsi di *titolo di credito* che sia stato trasmesso all'erede? Se il diritto di querelarsi per ingiurie o diffamazione è di quelli eminentemente legati alla persona dell'offeso, come mai l'erede, per sola cupidigia di guadagno, può di quel diritto stesso parlare?

Eppure, il vigente Codice penale stabilisce che se la parte offesa muoia prima di aver dato querela, o se i delitti siano commessi contro la memoria di un defunto, possono dare querela il coniuge, gli ascendenti, i discendenti, i fratelli, le sorelle e i figli di essi, gli affini in linea retta e gli eredi immediati (art. 400). Anzitutto *lex est;* ma è a notare che il diritto di dare querela è attribuito ai parenti ed affini sopra menzionati indipendentemente da qualsiasi qualità ereditaria, e ciò perchè la legge distingue le persone anzidette dagli eredi immediati. Dunque la trasmessione del diritto di dar querela, pei reati indicati negli articoli 393 e seguenti Codice penale, ha luogo in favore degli eredi immediati.

E poichè la legge riconosce all'erede il diritto di proporre querela e quindi del risarcimento per offese recate al *de cujus,* dobbiamo necessariamente ammettere che per ogni altro danno dal medesimo sofferto a causa di delitto o quasi delitto, e per cui nessun'azione era stata proposta, possa tale azione venire esercitata dallo erede, senza pregiudizio dell'azione che *jure proprio* possono esercitare le altre persone della famiglia anche esse danneggiate. Ciascun

Digitized by Google

erede esercita l'azione anzidetta secondo la rappresentanza ereditaria (1).

19. Chironi osserva che in quanto alla trasmessibilità del diritto di risarcimento, lo stesso principio che si applica pel danno patrimoniale dev'essere applicato anche pel danno morale, poichè il riferire al risarcimento del danno morale il carattere di *pena* non induce un'assimilazione piena tra i due termini, e vale a significare la riparazione civile di quel danno, che è diminuzione della personalità, sia essa transitoria o permanente. Ora, tal soddisfazione o riparazione di un modo particolare di essere dell'offesa, in quanto si concreta nell'*indennità*, è diritto patrimoniale e però trasmessibile appena sorto (2).

Però lo stesso scrittore immediatamente soggiunge che tutta l'argomentazione riposa su di un equivoco, pel quale viene confusa la materia del diritto con la ragione di esso (3). « Se la ragione del risarcimento dei danni morali è la *soddisfazione* dovuta all'offeso come *riparazione,* ne deriva al rapporto il carattere penale di cui s'è discorso; e quando si volesse obbiettare che tal caratteristica è stata posta non in modo assoluto, sibbene come involgente una pena in senso civile, riman sempre la considerazione (che è pur la base di questa maniera di penalità) dell'aversi qui un diritto così legato alla persona che è trasmessibile solo in quanto si può presumere non vi abbia mai essa rinunziato. Ond'è che senza contraddizione non può darsi all'azione la figura particolare sua, senza affermarne la non trasmessibilità. Che passi negli eredi dell'offeso quando questi muoia dopo averlo istituito, o *senza averlo potuto istituire,* è conforme all'indole della ragione, mentre non lo è la trasmessibilità posta qual regola ».

Noi ci permettiamo di rilevare che non potrebb'esservi una dottrina più contraddittoria e più equivoca. Dicasi pure una pena civile il risarcimento del danno morale; ma se

(1) Giorgi, V, n. 190.
(2) *Colpa extr.*. n. 492 *bis*.
(3) Op. cit., n. 492 *ter*.

Digitized by Google

tale caratteristica gli si attribuisce, di regola, non può essere un'azione trasmessibile agli eredi, perchè ignorasi se il danneggiato abbia voluto perdonare il suo offensore, e nel dubbio, una disposizione di carattere penale, anche con solo effetto civile, non può applicarsi contro l'autore dell'ingiuria. Si riterrebbe trasmessibile l'azione quando l'offeso non l'abbia potuto istituire; il che non può aver luogo se non nei casi in cui egli sia morto subito, ovvero non sia stato in grado di potersene occupare. Ma da che si è autorizzati a ritenere che se possibilità di esercizio vi fosse stata, l'offeso avrebbe esercitata l'azione di risarcimento? Come ammettere una presunzione per applicare una pena civile?

È un diritto (pena nel senso civile) così legato alla persona, si dice, che è trasmessibile solo in quanto si possa presumere che essa non vi abbia mai rinunziato (1). Senza dubbio, la trasmessibilità di qualsiasi diritto dipende dal non avervi rinunziato. Con la rinunzia vien meno il diritto, e non si può trasmettere ciò che non esiste. Ma, supposto che nessuna rinunzia vi fosse stata, la trasmessibilità o meno del diritto da che cosa s'indurrà? Certo, dall'indole stessa del medesimo, e ricorrere al criterio della rinunzia è un non senso giuridico. E ponendo mente all'indole del diritto del quale ci occupiamo, ed attribuendo al risarcimento del danno morale anche il carattere di pena civile, ben argomentiamo che, non esperita la relativa azione dall'offeso per qualsiasi ragione, anche se avesse avuto agio ad esperirla, non può intendersi trasmessa agli eredi. Diciamo anche se l'offeso avesse avuto tutto l'agio ad esercitare l'azione, perchè questa circostanza con ragione si interpreterebbe nel senso di aver voluto perdonare l'offensore; una presunzione in senso contrario non si giustificherebbe, ostando ad ogni principio di diritto. E così, anche noi non sentiamo il bisogno di rispondere all'argomento di quegli scrittori, i quali ritengono non essere trasmessibile il diritto al risarcimento quando non fosse stato possibile esercitarlo, e quindi il far parte del patrimonio dell'offeso (2).

---

(1) Chironi, loc. cit.

(2) V. anche Chironi, op. cit., n. 493 e 493 *bis*.

Digitized by Google

20. Il danno avrà potuto essere risentito da diversi componenti la famiglia; in tal caso, l'azione promossa da uno di essi non profitta agli altri, tranne allorquando siavi luogo a rappresentanza (1), e nemmeno può recar nocumento. Questa ipotesi è diversa da quella in cui il danno fosse stato recato a tutti i componenti la famiglia. Se l'offesa è comune, osserva Chironi, se fosse cioè non un membro della famiglia l'offeso, ma questa intera, ognuno dei componenti ha diritto al risarcimento, in quanto ne abbia risentito realmente danno (2).

21. Havvi un interesse diretto ed attuale nei professionisti che si reputano lesi da coloro che esercitano la stessa professione in maniera illegale da costituire reato?

L'esercizio delle farmacie è sottoposto a leggi e regolamenti speciali. La vendita dei medicinali fatta abusivamente lede senza dubbio il legittimo interesse dei veri farmacisti, e la suprema Corte francese ha riconosciuto il diritto al risarcimento (3), come lo ha riconosciuto la suprema Corte romana con decisione 3 maggio 1904 (4), quantunque l'avesse negato con decisione 21 luglio 1903 (5) e 3 settembre 1904 (6).

S'invoca l'art. 27 della legge sanitaria 22 dicembre 1888 e se ne deducono opposte conseguenze. Per la negativa si dice: « La vendita dei medicinali in forma e dose di medicamenti, fatta da chi non è farmacista, in ispreto al disposto dell'art. 27 della legge sanitaria, presenta indiscutibilmente un serio pericolo per la salute pubblica, ma non arreca giammai una lesione giuridica di un diritto specifico. Può indubbiamente l'illecita concorrenza pregiudicare, in modo astratto e generico, l'interesse dei farmacisti, ma questo non è il danno che la legge richiede per l'esercizio dell'azione

(1) Cass. Palermo, 7 giugno 1902 (*Circ. Giur.*. 1902, 181).
(2) *Colpa extr.*. n. 489.
(3) V. Sourdat, n. 48 e le decisioni ivi citate.
(4) *F. It.*. 1904, 2, 310.
(5) *F. It.*. 1903, 2, 488.
(6) *F. It.*. 1904, 2, 462.

Digitized by Google

civile in sede penale. Nè è vero che nell'art. 27 si sia voluto tutelare implicitamente anche l'interesse privato dei farmacisti, dappoichè quella disposizione di legge non ebbe altro scopo se non quello di garantire la salute pubblica dalla imperizia altrui e non quello di creare diritti e privilegi a favore dei professionisti » (1).

La specie risoluta colla predetta decisione riguardava individuo che aveva il diploma di farmacista ma non teneva farmacia, bensì manipolava farmaci in un deposito di prodotti chimici. La Corte osservò: « Attesochè non possa ritenersi fondato il primo mezzo perchè l'art. 27 della legge sanitaria quando dice che ai soli farmacisti è permessa la vendita di medicine intende indubbiamente parlare dei farmacisti non solo diplomati come tali, ma eziandio esercenti legalmente, secondo le varie analoghe presunzioni della stessa legge, da cui l'esercizio di tale professione viene disciplinato, essendo evidente che quella vendita in quella forma costituisce appunto l'esercizio della farmacia, dall'osservanza delle cui discipline suaccennate dipende l'acquisto dei diritti relativi; ed è accertato, nè si contesta che ad esse il ricorrente non erasi uniformato ».

22. Quest'ultima decisione risponde ai principii; non così l'altra. Si riconosce che della contravvenzione del farmacista alla legge sanitaria può essere recato danno agli altri farmacisti per l'*indebita concorrenza;* ma che significa il dire che il pregiudizio possa aver luogo in *modo astratto e generico?* Se si ammette la possibilità legale del pregiudizio si deve necessariamente ammettere che quando esso sia giustificato, perchè effettivamente risentito, havvi luogo per ciò stesso al risarcimento. Può avvenire, p. e., che il farmacista di un villaggio, di una borgata, non venda più medicamenti dal dì che abbia luogo la vendita abusiva dei medesimi; dirassi che il pregiudizio sia astratto e generico?

---

(1) Cass. Roma, 3 maggio 1904 sopra cit.

Digitized by Google

23. Quel che diciamo dei farmacisti è applicabile anche ai medici (1) ed ai veterinarii (2). La giurisprudenza francese ha riconosciuto inoltre l'interesse diretto e legittimo al risarcimento in casi d'imprese di speculazione. Un teatro sorge in una località senza autorizzazione; il direttore di un altro teatro rivale può spiegare azione di risarcimento contro il proprietario del nuovo teatro (3). Alcuni rappresentanti di case commerciali vendono merci con pregiudizio di una cooperazione di sensali; azione di risarcimento da parte di questi ultimi (4). Ed anche agli uscieri costituiti in società, contro coloro che illecitamente esercitavano la loro professione, le Corti di Tolosa (5) e di Lione (6) riconobbero l'azione d'indennizzo.

24. La concorrenza è la condizione necessaria dello scambio dei servigi; ma da taluni atteggiamenti che essa può assumere, si è ritenuto potersi verificare danno doloso o colposo, e quindi risarcibile come ogni altro danno. Quando la concorrenza produca tale effetto si è chiamata *sleale*, espressione, per quanto tuttodì usata, altrettanto malamente impiegata a rappresentare un principio giuridico; il che avrà forse contribuito ancora a rendere difficoltose le indagini sulla natura del diritto violato e quindi a costituire una teoria che potesse venire ben coordinata a quella generale del danno *injuria datum*. E noi non possiamo, in un trattato generale qual'è il nostro, approfondire una indagine, che ha già formato obbietto anche in Italia di eccellenti trattazioni. Nondimeno, per quanto brevi, vediamo se ci sia un danno risarcibile derivante dalla cosidetta concorrenza sleale.

---

(1) SOURDAT, loc. cit. e le decis. ivi cit. Conf. Cass. Roma, 22 novembre 1904 (*F. It.*. 1905, 2, 151). Questa decisione riconobbe il diritto dei medici di costituirsi parte civile contro il dentista che aveva usurpato il titolo di dottore.

(2) Genova, 10 novembre 1900 (*T. Gen.*. 1900, 683).

(3) Parigi, 26 luglio 1833 (*Devill.*. 33, 2, 183).

(4) Lione, 26 gennaio 1859 (*Devill.*, 1859, 2, 4).

(5) Arr. 18 gennaio 1866 (*Dall.*. 66, 2, 6).

(6) Arr. 22 febbraio 1877 (*Sir.*, 1877, 2, 151).

Digitized by Google

Ciascun produttore industriale ha diritto a che i suoi prodotti non vengano confusi con quelli degli altri, giovandosi all'uopo di segni, di marchi, di tutti quei mezzi che reputa adeguati allo scopo. Vendendo i proprii prodotti, va formandosi appoco appoco la cosidetta clientela, elemento importantissimo nel commercio, tanto che talvolta fu ritenuto come una specie di capitale di cui è in possesso il produttore. Così, sotto l'impero della libera concorrenza, e della produzione che s'è chiamata capitalistica dalle scuole socialiste, ogni produttore esplica per suo conto la propria attività economica, iu quella maniera che gli è propria, ed ha diritto di trarre tutta quella utilità dalle cose prodotte che è possibile ottenere nel campo degli scambi. La materia prima viene in mille guise trasformata in prodotti utili o necessarii alla consumazione; ma uno stesso prodotto può essere diverso dall'altro, e la diversità può rappresentare un merito, in quanto che l'uno sia ricercato dai consumatori a preferenza dell'altro. Da ciò la necessità di evitare le confusioni tra i diversi prodotti industriali, e la garenzia che le leggi dei paesi civili concedono ai marchi di fabbrica, ai brevetti d'invenzione, ecc., reprimendo le contraffazioni, dalle quali sia derivato o possa derivare danno al produttore.

Ma il danno può derivare non dalle sole contraffazioni. Le imitazioni del prodotto mercè le quali si cerca di profittare dell'opera altrui volgendola in proprio vantaggio, come lo scredito del prodotto altrui, sono fatti che producono danno, e non può dubitarsene. Ma dov'è la *injuria?* Il solo danno non basta per dar luogo a risarcimento; occorre che sia *injuria datum*, e qui sorgono le difficoltà.

Che specie di diritto è quello del produttore di godere dei vantaggi che può trarre dalla vendita del suo prodotto, nella maniera colla quale ha saputo produrlo? Leggendo i trattati sulla *concorrenza sleale*, si rimane sorpresi dall'apprendere la discrepanza delle opinioni sulla natura del diritto leso da siffatta concorrenza. Si comincia coll'affermare che si tratti di *monopolio* (1); indi si annovera il *diritto* del produttore or nella categoria dei beni *immateriali*,

(1) Rénouard, *Du droit ind.*. etc. Paris, 1860.

Digitized by Google

quasi a somiglianza delle produzioni dell'ingegno; or facendolo rientrare nella categoria dei diritti *personali*, inerenti alla persona; or facendolo derivare dalla legge — opinioni e dottrine che il lettore potrà studiare specialmente nelle opere dei patrii scrittori (1). Ma infine, si è dovuto riconoscere che il diritto offeso dalla concorrenza che meglio potremmo chiamare *illecita* è il diritto di *proprietà*, comunque voglia considerarsi tale diritto, il quale assume in un'epoca forme di esplicamento ignorate e forse non sospettate in altra epoca, e per cui la scienza è costretta a studiare ciascuna nuova forma per adattarla alla categoria conveniente. E su questo studio si sono provati i migliori intelletti che onorano la scienza in Italia ed altrove; ma, lo ripetiamo, le controversie si sono agitate sull'indole del diritto leso, non sul punto di sapere se possa un diritto leso esistere. E noi riteniamo che tale diritto non possa essere se non quello di proprietà.

25. Sarà un diritto *reale?* Non crediamo ciò possa affermarsi, perchè l'obbietto del diritto non si presterebbe ad essere classificato in tale categoria di diritti, cioè dei *jura in re*. Piuttosto potrebbe andar compreso in quella vasta categoria dei diritti patrimoniali, e che va comprendendo nell'amplissima sua cerchia diritti per lo innanzi non riconosciuti, perchè l'attività umana non era giunta a quel grado di esplicamento. Anzichè lambiccarsi il cervello a voler far rientrare le facoltà di agire, che sono la conseguenza dei nuovi atteggiamenti dell'umana attività, in categorie formate a *priori*, è miglior cosa di accomodare quelle facoltà a quell'amplissima categoria della quale abbiamo parlato, perchè è oltremodo difficile, e potremmo dire impossibile, il dimostrare che in esse non debbano andar compresi.

Il patrimonio del produttore è la risultante di elementi diversi. Vi si comprende non solo ciò che costituisce la

(1) Amar, *Dei nomi, dei marchi e della concorrenza nell'industria e nel commercio*. Torino, 1893; Giannini, *La concorrenza sleale*. Napoli, 1898; Bozzini, *La concorrenza illecita nei traffici*. Milano, 1904. V. le accurate bibliografie fatte da questi ultimi due scrittori.

Digitized by Google

ricchezza propriamente detta, ma tutto ciò che può costituire fonte legittima di lucro, e su cui ha diritto come in tutte le altre cose che gli appartengono. Il diritto di spacciare i prodotti della propria industria, tali quali escono dalla propria fabbrica e di non venir confusi con quelli degli altri, è innegabile; come lo è quello di non avere sviata la propria clientela con mezzi subdoli, con manovre dolose, e forse anche con mezzi colposi. È un complesso di diritti che hanno un elemento di obbiettività, come ogni altro diritto che al patrimonio si riferisce, e che non possono essere impunemente violati. Si esplicano, quantunque non sempre, con mezzi materiali che ne facciano pubblica attestazione, come la ditta, il marchio, l'emblema, il manifesto; ma non bisogna confondere tali mezzi coi diritti che attestano. La falsificazione del mezzo, l'imitazione dolosa o colposa costituiscono la maniera di violare il diritto, che è, lo ripetiamo, cosa ben diversa dai mezzi che attestano l'esistenza.

La predetta differenza non è stata per lo più notata; si è voluto ravvisare l'obbietto delle proprietà dove non esisteva nè poteva esistere. Si è detto che « havvi concorrenza sleale ogni volta che la concorrenza si esercita mercè usurpazione della proprietà commerciale » e quindi per ottenere che tale concorrenza sia giudizialmente repressa « occorra che vi sia una cosa capace di formare oggetto di proprietà commerciale » (1). E quale sarà? « La cosa dev'essere uno strumento immateriale del commercio, un segno. Poco importa che essa sia più o meno utile, o non lo sia in fatto per nulla, essendo principio generale che vi ha un rapporto costante tra l'utilità dell'oggetto creato e il pregio del compenso, il quale consiste appunto nel godere la proprietà di quello. Quindi l'oggetto sarà il nome commerciale, il segno, l'emblema, il manifesto, l'avviso, la ditta, la medaglia o la onorificenza ottenuta, e non mai il mobiliare domestico, lo stemma di famiglia, una decorazione cavalleresca, un diritto di usufrutto o simiglianti » (2).

---

(1) Giannini, op. cit., n. 39.
(2) Op. cit., n. 40.

Digitized by Google

26. Ma noi ci permettiamo di osservare che una costruzione fatta a questo modo poco o nulla abbia di razionale; l'elemento eudemonologico del diritto viene costituito dai *segni*, che costituirebbero una cosidetta proprietà *immateriale*, ovvero i *beni immateriali* dell'*industria* o del *commercio* (1); e così avremmo un'altra specie di proprietà, non dissimile da quella che s'è appellata *letteraria*. Avremmo quella che s'è chiamata *ricchezza immateriale*, e che è stata oggetto di tante dispute nell'economia politica. Orbene, il segno vale soltanto qualche cosa non per sè stesso, ma per la cosa segnata, la quale è appunto quella utilità che costituisce l'elemento obbiettivo del diritto. La stessa *réclame* che si esplica in mille modi, che altro è se non un'attestazione di cui si serve il produttore, l'industriale, per rendere edotto il pubblico della specialità della cosa che egli mette in commercio? Attesta il diritto di vendere quella data cosa senza che da altri possa tale diritto essere menomato. E così, in generale, di ogni segno, di ogni emblema, non può dirsi che essi costituiscano la *proprietà commerciale*, perchè ciò significherebbe dire che costituiscono l'obbietto del diritto di proprietà.

Si può obbiettare che la contraffazione o l'imitazione dei segni sia un fatto giuridicamente illecito, in sè stesso considerato. E vero; ma quando spiegasi azione di risarcimento per danno cagionato da tale fatto illecito, e si è costretti a giustificare il danno e la entità di esso, basterà arrestarsi al segno, all'emblema, ovvero sarà necessario indagare quale *injuria* sarà stata apportata all'elemento obbiettivo del diritto di proprietà? Tizio allega, p. e., che, per l'imitazione del segno, abbia venduto centomila lire all'anno di meno del suo prodotto; il suo patrimonio quindi ha ricevuto un danno di quattrocentomila lire in quattro anni. Quale diritto è stato violato? Certo, il suo diritto di proprietà, il suo diritto patrimoniale; il segno era un mezzo di attestare tale diritto, e la contraffazione o la imitazione del segno è stato il mezzo col quale violare il diritto medesimo. Anzi, talvolta la violazione del diritto può aver luogo senza che

(1) Bozzini, op. cit., cap. IV, tit. XII.

Digitized by Google

il segno venga per nulla menomato, come nei casi in cui la *clientela* venga sviata con altri mezzi illeciti e subdoli.

Volendo adunque ben determinare la natura del diritto leso dalla concorrenza sleale, non dobbiamo arrestarci all'apparenza delle cose, a ciò che costituisce l'attestazione sociale del diritto di proprietà, ai segni ed agli emblemi, e dire che son dessi che costituiscono il *bene immateriale*, il contenuto del diritto di proprietà. È una costruzione che nulla ha di razionale, e che lungi dal farci comprendere dove esista la vera lesione del diritto, non riesce che a rabbuiare l'indagine su tale assunto.

27. Chiamisi pure proprietà commerciale quella che dalla concorrenza illecita venga a risentire pregiudizio, ciò non importa, perchè è sempre il diritto di proprietà che viene leso. La concorrenza illecita, nelle molteplici sue forme, offende adunque un diritto patrimoniale, un diritto di proprietà; per ciò stesso è un fatto giuridicamente illecito, che può costituire delitto o quasi delitto, e cader deve di necessità sotto la generica sanzione degli articoli 1151 e 1152 del Codice civile. Dicasi pure che questi articoli siano una *panacea universale* (1), ma ciò è conseguenza della universalità del principio che proclamano, ed in materia di responsabilità civile extracontrattuale invano si cercherebbe ricorrere ad altro principio che non fosse quello dai detti articoli dichiarato.

Dicasi pure che quello della concorrenza sleale sia uno dei temi più difficili di diritto industriale e che non vi siano affatto criterii sicuri e generali, a meno di contentarsi di vaghe generalità che conchiudono assai poco e nulla insegnano alla stregua dei fatti (2); ma altro è il principio di responsabilità che bisogna determinare *a priori*, altra cosa sono i criterii specifici per determinare quando la concorrenza possa dirsi illecita ed essere repressa. Se non che da alcuni scrittori si nega potersi ricorrere all'art. 1151 del Cod. civile.

---

(1) MARGHIERI, *Necessità di provved. legisl. relativi alla concorrenza sleale* (Relazione al IV Congresso giurid. naz., vol. III, pag. 308).

(2) VIDARI, nel *Dir. comm.*, XIV, 29.

Digitized by Google

L'articolo anzidetto, si dice, contempla il danno che già abbia avuto luogo, il danno consumato, non quello soltanto temuto; quindi occorre da una parte reprimere il fatto illecito della concorrenza, quand'anche non fosse dannoso, dall'altra provvedere a che la concorrenza illecita fosse soffocata sul nascere. Da ciò la insufficienza dell'articolo 1151 del Codice (1). Ma quest'obbiezione non crediamo possa essere accolta.

La concorrenza sleale è stata da tutti gli scrittori (e non avrebbe potuto essere altrimenti), considerata sotto il punto di vista del *danno* che può arrecare; e chi vorrà dubitare che allorquando rechi danno, qualunque diritto abbia potuto essere violato, l'azione non sia fondata sul disposto dell'articolo 1151 del Codice civile? Non essendovi alcun rapporto contrattuale preesistente, su quale disposizione di legge si fonderebbe l'azione di danno che non sia quella dell'articolo predetto? Coloro che ritengono tale articolo una panacea universale. dovrebbero chiaramente dirci su quale altra base adagerebbero l'azione di danno. Si può dissertare quanto si voglia sull'indole del diritto violato, se appartenga ad una o ad altra categoria; quando la materia non è regolata da speciale disposizione di legge, non può ricorrersi che al diritto comune, che è quello dell'art. 1151.

Il diritto comune non prevede che il danno verificato, si dice; ma quest'affermazione non è esatta. Il diritto comune come altrove abbiamo detto, è applicabile tanto all'ipotesi in cui il danno siasi verificato, quanto in quella in cui è certo che si verificherà. I figliuoli, il coniuge dell'ucciso possono esercitare l'azione di danno l'indomani della consumazione del reato, e l'azione di risarcimento non riguarda che il danno futuro, ma certo. Ebbene, il fatto in cui si concreta la concorrenza illecita, quand'anche nessun danno avesse prodotto nel momento in cui si verifica, non è sicuro che lo produrrà? Non è per sè stesso violatore del diritto patrimoniale di una data persona? Si ha, ovvero no, il diritto ad avere rispettato il segno, il marchio, la ditta, l'emblema, il

(1) Bozzini, op. cit., n. 86; De Notaristefani, *In tema di concorrenza sleale*. Napoli, 1902, pag. 199.

Digitized by Google

credito, ecc.? Se si ha, bisogna necessariamente riconoscere che il fatto della concorrenza illecita sia dannoso, indipendentemente dalle conseguenze che abbia potuto produrre. Nessun dubbio che cosa ottima sarebbe provvedere a tali ipotesi con apposite disposizioni di legge; ma, in difetto di queste, parci che non si possa fare a meno dal ricorrere al principio dell'articolo 1151, non potendosi concepire che una violazione di diritto, una *injuria*, per la speciale maniera colla quale venga consumata, debba rimanere senza alcuna protezione legale.

28. Giannini scrive: « Altra conseguenza non meno importante del principio di proprietà è questa, che l'esercizio di un'azione (*negatoria*) diretta a far cessare la turbativa è sempre possibile, indipendentemente dalla esistenza di un danno attuale e dalla sua valutabilità. Dell'elemento di un danno reale e concreto la logica del diritto non consente di fare a meno quando si prendono le mosse dalla responsabilità per delitto o quasi delitto; quindi il pericolo del danno non basterebbe per intentare un'azione che pure è consona a giustizia. Dato invece un diritto di proprietà sul segno, lá repressione della turbativa compete immediatamente, in virtù di una vera azione possessoria, la quale avrà precipuamente di mira la cessazione della turbativa del diritto, e quindi un'azione di risarcimento per il danno dimostrato o presumibilmente sofferto » (1).

Astrazione facendo del principio che il rimedio possessorio sia facoltativo pel proprietario, come mai nella ipotesi di concorrenza sleale, avveratasi lesione del diritto di proprietà sul segno, o meglio del diritto di possesso, si potrebbe ricorrere all'azione di turbativa? Quest'azione non è concessa dall'articolo 694 per le turbative consumate sulle cose mobili, nè relativamente a diritti reali mobiliari, e di conseguenza il ragionamento dell'autore non ha fondamento giuridico. Egli dice che considerato il diritto del commerciante come un diritto di proprietà ne viene logicamente la conseguenza che verificatasi l'usurpazione non

(1) Op. cit., n. 38.

Digitized by Google

occorra indagare sulla buona e mala fede dell'usurpatore, *perchè la proprietà è difesa per sè stessa.* Ma, come si spiega allora la necessità di ricorrere al rimedio possessorio?

Ciò non basta. La proprietà si difende colle azioni petitorie; ma chi lamentasi di concorrenza sleale non fa che quistione di *danno*, non intende esercitare un'azione vendicatoria contro il concorrente sleale. Non sempre occorre sperimentare le azioni petitorie a tutela del diritto di proprietà; quando tale diritto non sia conteso, ma soltanto danneggiato, il pregiudizio si ripara coll'azione di risarcimento di danno, in sede penale o civile. Ed esatta è senza dubbio l'osservazione del Barbier (1), checchè ne pensi il Giannini (2), che attribuendo carattere di realità al diritto del commerciante sulla *clientela*, si arriverebbe sino ad ammettere l'azione di denunzia di nuova opera!

Conchiudiamo adunque affermando che la cosidetta concorrenza sleale lede il diritto di proprietà; e che l'azione del danneggiato può costituire un delitto o un quasi delitto.

29. Riconosciuto il principio che la concorrenza sleale lede il diritto di proprietà del produttore, si cerca di specificare il concetto della predetta concorrenza, dicendo che ha luogo « ogni volta si lede o si intacca la proprietà commerciale del concorrente, si usa del segno di lui senza il suo consenso » — che è costituita da « ogni atto, mediante il quale il trafficante, nello e mercè l'esercizio della concorrenza, viola un bene immateriale di proprietà del concorrente » (3). Ma le definizioni sono per sè stesse pericolose; lo sono ancor più quando si disputa e non poco sulla natura di ciò che dev'essere definito. E, nei limiti del presente lavoro, ci arrestiamo soltanto a dir qualcosa dei responsi della patria giurisprudenza su questo assunto.

Indipendentemente dalle sanzioni penali della legge 30 agosto 1868 e dell'art. 297 del Codice penale, si è ritenuta la concorrenza sleale nel fatto di avere usato inganni sulla

(1) *De la concurr. déloyale*, pag. 37.
(2) Giannini, op. cit., n. 37.
(3) Bozzini, op. cit., n. 162.

Digitized by Google

origine e la qualità del prodotto, per danneggiare il produttore col far venir meno lo spaccio del prodotto medesimo; e si è riconosciuta la responsabilità giusta l'art. 1151 del Codice civile, tranne il caso che la dissomiglianza tra i due prodotti fosse tale da non potere implicare confusione (1); nel magnificare i proprii prodotti, denigrando quelli degli altri per usurpare la clientela (2), nella esagerazione della *réclame*, portando la menzogna e l'inganno a tale punto da offendere la pubblica fede commerciale (3); nei mezzi fraudolenti per raggiungere tale scopo e deviare la clientela (4).

La confusione dei prodotti può derivare dalla imitazione nei disegni, nella grandezza delle lettere, nei recipienti usati da un altro commerciante (5). Così, vendendo *Cioccolato delle Carovane* si ritenne generare confusione col *Cioccolato delle Piramidi;* e si ritenne non valere ad escludere la concorrenza sleale la diversità di titolo, nè il leggersi impresso nel secondo cioccolato il nome della ditta concorrente, dal momento che le dimensioni dei due pacchi corrispondevano fra loro ed anche i disegni delle figure (6). Può aver luogo anche la confusione assumendo la medesima denomina-

---

(1) Milano, 11 dicembre 1895 (*Giur. It.*, 1896, 56); Cassaz. Napoli, 19 marzo 1896 (*Gazz. Proc.*, XXVII, 474); 19 maggio 1896 (*Dir. e Giur.*, XII, 17); Firenze, 21 luglio 1899 (*Ann.*, 1899, 296); Napoli, 3 luglio 1899 (*Trib. Giud.*, 1899, 226). Questa Corte ritenne con ragione non essere sleale la concorrenza che s'inizia con la più estesa pubblicità e si attua coll'autentica firma del produttore e con differenti contrassegni emblematici, nulla influendo l'identica denominazione della merce, la somiglianza degl'involti che la contengono, specialmente quando sono di uso comune a più produttori.

(2) Bologna, 24 maggio 1897 (*Giur. It.*, 1897, 390); Genova, 17 luglio 1899 (*T. Gen.*, 1899, 460).

(3) Torino, 18 luglio 1899 (*La Giur.*, 1899, 1265); Bologna, 31 dicembre 1900 (*Giur. It.*, 1906, 199).

(4) Genova, 17 luglio 1899 (*T. Gen.*, 1899, 460); 8 marzo 1900 (*Giur. It.*, 1900, 270); Venezia, 3 novembre 1900 (*Dir. e Giur.*, XVI, 771); 7 dicembre 1900 (*Giur. It.*, 1901, 88).

(5) Cass. Palermo, 18 luglio 1901 (*Legge*, 1901, 2, 555).

(6) Torino, 24 ottobre 1901 (*La Giur.*, 1901, 1420). Conf. Roma, 2 agosto 1904 (*Mon. Mil.*, 1905, 15); Cassaz. Roma, 12 dicembre 1904 (*Cass. Un.*, 1904, 345).

Digitized by Google

zione e facendovi aggiunte in maniera tale da non dileguare l'equivoco (1). Parimenti, la confusione può ingenerarsi usurpando il nome di una località quando questa faccia parte della denominazione di un'azienda commerciale (2). Simili fatti tendono ad ingannare la buona fede per facilitare lo smercio dei proprii prodotti con pregiudizio dei prodotti altrui (3). Gli addetti di una ditta produttrice di calce fermano i carrettieri diretti ad altra ditta, criticando i prodotti di questa, offrendo un ribasso sui prezzi da questa praticati, ed asserendo che la calce screditata fosse proveniente da un locale limitrofo che la produca di qualità inferiore. Furono condannati al risarcimento del danno (4).

30. Nessun dubbio che la ditta costituendo una vera proprietà, l'appropriazione della medesima debba dar luogo a risarcimento, giusta l'art. 1151 del Cod. civ. (5). Può essere accessoria di un immobile, ed in tal caso nessuno può appropriarsela se l'esercizio venga abbandonato; però se apparteneva al commerciante che colà aveva l'esercizio, può essere da altri appropriata (6) o legittimamente posseduta (7). Se non che, la vendita di un negozio non implica la vendita della ditta (8).

---

(1) Napoli, 30 ottobre 1901 (*Trib. Giud.*, 1901, 403).

(2) Milano, 30 agosto 1904 (*Giur. It.*, 1904, 716).

(3) Roma, 15 dicembre 1903 (*Racc. Com.*, 1904, 51); Venezia, 13 luglio 1904 (*Temi*, 1904, 649). Nella vendita dei saponi a minuto, la concorrenza sleale è stata riconosciuta nel fatto di avere imitato le forme di una più antica azienda, cioè: *a)* Forma e dimensione delle scatole; *b)* Ornamentazione e decorazione delle stesse, sia esterna che interna; *c)* Qualità, forma e disegno della carta ravvolgente il prodotto; *d)* Etichette, denominazioni di fantasia ed altri segni caratteristici del prodotto, come numeri, lettere dell'alfabeto, marchi, ecc. Tribun. Milano, 27 giugno 1899 (*Filangieri*, 1900); Milano, 28 novembre 1899 (*Giur. It.*, 1900, 206).

(4) Torino, 14 maggio 1897 (*La Giur.*, 1897, 1535).

(5) Genova, 13 luglio 1897 (*T. Gen.*, 1897, 466). In questa decisione sono indicati i criterii che debbono essere seguiti per la liquidazione del danno. V. Milano, 16 maggio 1881 (*F. It.*, 1881, 1, 750).

(6) Firenze, 9 dicembre 1873 (*Ann.*, 1874, 133).

(7) Milano, 16 maggio 1881 (*F. It.*, 1881, 1, 750).

(8) Milano, 16 maggio 1881 sopra cit.

Digitized by Google

31. La denominazione commerciale però non è imprescrittibile come il nome patronimico (1). E si è ritenuto potersi perdere per prescrizione quando da altri fosse stata acquistata con un possesso legittimo (2).

32. Le decisioni sopra ricordate ed altre che si leggono nei giornali di giurisprudenza sono concordi nel ritenere fondata l'azione sull'art. 1151 del Codice civile. Non possiamo quindi approvare quanto è stato ritenuto da qualche Corte (3), cioè che sia necessario l'estremo della mala fede perchè si abbia la concorrenza illecita; ovvero che sia necessario concorra il dolo, non bastando la colpa (4). Il danno deve essere riparato, quand'anche la concorrenza illecita fosse stata la conseguenza di fatto colposo.

33. Non esercitata l'azione di risarcimento dalla persona a cui compete, possono i creditori di tale persona esercitarla giusta il disposto dell'art. 1234 (franc. 1166) del Codice civile?

È a deplorare la maniera colla quale alcuni dei nostri scrittori hanno trattato tale argomento; per esempio Borsani e Casorati rispondono affermativamente come di cosa indubitabile (5). Eppure, la negativa è sostenuta dalla gran maggioranza degli scrittori.

Nessun dubbio su ciò che riferiscesi al risarcimento cagionato da ingiuria, diffamazione, danno morale, quando anche vi fosse stato come conseguenza danno materiale (6). Ma, anche trattandosi di delitti e quasi delitti che implichino risarcimento di danno materiale, può dirsi quasi

---

(1) Cass. Firenze, 15 luglio 1901 (*F. It.*, 1901, 1, 1095); Lucca, 31 gennaio 1902 (*Ibid.*, 1902, 1, 597).

(2) Cass. Firenze, 12 marzo 1903 (*F. It.*, 1903, 1, 475).

(3) Brescia, 19 gennaio 1900 (*C. Brescia*, 1900, 71).

(4) Cass. Palermo, 10 giugno 1902 (*F. Sic.*, 1902, 330); 30 gennaio 1904 (*Giur. It.*, 1904, 874); Venezia, 13 luglio 1904 (*Temi*, 1904, 649).

(5) Op. cit., § 105.

(6) Merlin, Rép., v. *Az. civ.*, n. 24; Mangin, *Az.*, n. 26; Demolombe, VIII, n. 77 e segg.; Aubry e Rau, § 445 e 771; Sourdat, n. 73; Baudry-Lacantinerie, *Oblig.*, n. 592 e segg.; Saluto, I, n. 75.

Digitized by Google

generalmente ammesso dalla maggioranza degli scrittori francesi il principio per cui non possono i creditori esercitare l'azione di risarcimento contro l'autore del danno *utendo juribus* del debitore (1). E quest'ultima opinione parci doversi seguire, dovendosi l'azione di risarcimento ritenere come una di quelle riferentisi a diritti inerenti alla persona del debitore.

34. Si osserverebbe in contrario che i beni tutti del debitore, presenti e futuri, stanno a guarentigia dei creditori, e che il danno recato ad una data persona ripercuotendosi sui creditori della medesima, è giusto che tali creditori esercitino un'azione che loro riesce di vantaggio, quando anche il danneggiato non voglia esercitarla. Ma questo principio si respinge come espressione di un sistema che metteva la persona del debitore inadempiente a disposizione del creditore, sistema contro il quale ha protestato l'odierna civiltà giuridica, d'onde l'abolizione dell'arresto personale per debiti civili e commerciali. I soli beni del debitore debbono costituire la garanzia dei creditori; i beni presenti senz'alcun dubbio, quelli futuri con certe riserve, perchè occorre che siano realizzati, che siano effettivamente nel patrimonio del debitore. Possono formare obbietto di una convenzione, di un'ipoteca; ma questa non può attuarsi se non quando il debitore diventi proprietario dell'immobile. Così, la successione non può essere accettata dai creditori se non sia aperta (art. 788 cod. civ., art. 949 it.)

Poste tali premesse, domanda il Sourdat se il debitore danneggiato nella sua persona abbia un'azione che faccia parte del proprio patrimonio, e non può negare che tale azione esista. Ma è di quelle il cui esercizio sia riservato alla persona dei debitore? Senz'alcun dubbio, si dice, perchè

---

(1) Demolombe, XXV, n. 82; Duranton, X, n. 557; Proudhon, *Usufr.*, n. 2345; Aubry e Rau, § 312; Larombière, sull'art. 1166, n. 9 e sull'articolo 1382, n. 46; Sourdat, n. 73 *bis;* Laurent, XVI, n. 411 e 419; Massé e Vergé su Zachariae, § 554; Dalloz, v. *Oblig.*, n. 926 e *Suppl.*, n. 306. *Contra:* Demolombe (op. cit. VIII, n. 678); Labbé, *Nota alla sentenza del Trib. della Senna*, 8 gennaio 1879, in *Sir.*, 1881, 2, 21.

Digitized by Google

non debb'essere permesso ai creditori del danneggiato di impegnarlo in giudizii che egli e la sua famiglia vorrebbero evitati. Autore del delitto avrà potuto essere un parente, un amico, a causa di malintesi, di calunnie, ed a cui poscia possa seguire il perdono. L'aggressione avrà potuto aver luogo a causa di una vendetta per ragion secreta, che per l'onore di una moglie, di un marito, per la pace di una famiglia non è prudente di rimettere in discussione. Eppoi, ammesso il principio per le lesioni personali, perchè non applicarlo al danno morale? Invece, si riconosce che la revoca della donazione per ingratitudine non possa essere chiesta dai creditori; eppure si tratta di un diritto certo mentre tale non è il diritto del debitore danneggiato, i quale avrebbe potuto morire di malattia o d'altro accidente senza responsabilità di nessuno, i suoi affari avrebbero potuto risentire nocumento per circostanze diverse. La morte, le lesioni non debbono costituire una sorgente di benefizii pei terzi (1).

35. Di fronte a tali argomenti d'indole diversa e sostenuti da scrittori autorevoli, par che nulla rimanga ad osservare; tuttavia non crediamo un fuor d'opera intrattenerci alquanto a discorrere sopra un tema di grave importanza.

Si ammette che l'azione di risarcimento faccia parte del patrimonio del danneggiato; nel caso che ci occupa, « il debitore leso nella sua persona, possiede un'azione che fa parte del suo patrimonio » (2). Noi supponiamo adunque che l'esistenza di tale azione sia al di fuori di ogni controversia, e che sia a libito del danneggiato l'esercitarla. E poniamo la seguente ipotesi: Il danneggiato aveva contratto dei debiti pei bisogni della sua famiglia e confidava sul proprio lavoro, sui guadagni della sua attività quotidiana per soddisfare i suoi creditori. Divenuto inabile al lavoro in seguito al fatto costituente delitto o quasi delitto, non esercita l'azione di danni interessi contro l'autore del danno, in maniera che per tale astensione (che potrebb'essere

(1) Loc. cit.
(2) SOURDAT, loc. cit.

Digitized by Google

anche effetto di segreto e fraudolento accordo), i creditori perdono tutto. Cercano di giovarsi della facoltà che loro concede l'art. 1234, e si oppone loro che il diritto a domandare il risarcimento del danno sia *esclusivamente inerente alla persona del debitore*, e quindi non possa dai creditori essere esercitato. Ma perchè siffatto diritto dovrebbe avere tale carattere? Convenienze di famiglia, si dice, convenienze sociali possono imporre di non trascinare la vittima del delitto nei pubblici dibattimenti. Non trattasi però di questo, ma di costituirsi parte civile in un giudizio penale; si presuppone l'azione ammessa, riconosciuta, da esercitarla quando piaccia contro l'autore del danno. È un giudizio civile, che nessun nuovo velo solleva, che nessun segreto propaga; ciò s'intende abbia avuto luogo in tutt'altra sede di giudizio. Eppoi, le convenienze sono rispettabili fino ad un certo punto; non si può tener conto di esse quando siano una esagerazione pregiudizievole ai terzi.

Nè giova il supporre che talvolta il delitto abbia potuto essere commesso dal parente o dall'amico per malintesi o per calunnia, perchè a questi rarissimi casi ben potrebbero opporsene altri e molti di delitti commessi nè dà parenti, nè da amici, ma da tutt'altre persone. Sarà stata l'aggressione una vendetta per ragioni intime? Ma non si scuote la pace delle famiglie in un giudizio civile per risarcimento di danno; quella pace è stata scossa nel giudizio penale, e la società ne ha di già saputo quanto forse non avrebbe dovuto saperne. Dunque, non sono ragioni decisive quelle che si adducono contro i creditori che vogliono esercitare l'azione di risarcimento contro l'autore del danno in nome del debitore.

Ma perchè arrestarci al delitto contro la persona fisica e non riconoscere ancora al creditore la facoltà di perseguire l'autore di calunnie, di diffamazioni, d'ingiurie, allorquando il debitore nol faccia o ricusi di farlo? Anche questi delitti possono dar luogo a danno patrimoniale. « Un funzionario, un impiegato, ingiustamente attaccati, perdono la fiducia dell'amministrazione della società, del padrone che servono. Anche in tal caso havvi una causa di pregiudizio, come l'esonero dall'impiego, la perdita della

Digitized by Google

pensione, alla quale si avrebbe avuto diritto, ecc. Anche in questo caso i creditori potrebbero invocare il danno che per essi ne risulta, e spiegare l'azione invece del debitore, malgrado le gravi ragioni che a quest'ultimo faccian serbare il silenzio » (1).

A dir vero, l'argomento non ha valore, perchè in tema di danno morale nessuno può sostituirsi al preteso danneggiato; quello di difendere il proprio onore, la propria riputazione, è un diritto inerente alla persona offesa, qualunque possa essere il danno materiale che per conseguenza potesse derivarne. Ma l'ipotesi è diversa quando si tratti di risarcimento di solo danno materiale; è un'azione di credito, come ogn'altra, che può sperimentarsi contro l'autore del danno.

Nè sta il paragone coll'azione di revoca delle donazioni a causa d'ingratitudine. Ben si comprende come dell'ingratitudine del donatario giudice debb'essere soltanto il donante; eppure, anche all'erede è attribuita l'azione quando il donante fosse mancato alla vita entro l'anno dal fatto avvenuto. Ma l'ipotesi della quale ci occupiamo è ben diversa; il fatto illecito ha avuto luogo; l'azione è stata quesita, fa parte del patrimonio del danneggiato. Perchè costui non intende esercitarla?

Forse vorrà perdonare l'offensore, si dice; ma questo sentimento per quanto ammirevole ed imposto dalla morale cristiana, non debb'essere di pregiudizio a coloro che, per esempio, abbiano prestato danaro all'offeso, che avessero fatto assegnamento sull'attività di esso ond'essere soddisfatti, e che perdono ogni loro speranza pel fatto dell'offeso medesimo. Non si può nè si deve essere generosi col danno degli altri! E, per tali ragioni, secondo il nostro avviso, non possiamo accogliere la dottrina prevalente, ed opiniamo che, trattandosi di danno materiale, ben possano i creditori invocare l'art. 1134 del Codice civile, ed agire nel nome del debitore contro l'autore del danno per ottenerne il risarcimento ed esercitare quindi i loro diritti sulle somme che verranno aggiudicate.

---

(1) SOURDAT, loc. cit.

Digitized by Google

35 *bis*. I creditori dell'ucciso possono esercitare azione di risarcimento contro il responsabile?

Ferrini (1) avverte con ragione l'errore in cui talvolta s'è incorso da qualche giudicato nel respingere l'azione, perchè, come derivante da delitto o quasi delitto, sarebbe inerente alla persona del danneggiato. Nell'ipotesi che contempliamo, i creditori agirebbero *jure proprio*, e non *utendo juribus* del debitore. Ed il predetto scrittore fa notare come, ammesso pure da qualcuno (2), come principio, il diritto dei creditori, è stato poi ritenuto di difficile attuazione, perchè rimarrebbe sempre incerto se il debitore vivendo avrebbe pagato i proprii creditori. E mettendo a riscontro il diritto di costoro con quello della moglie e dei figli, trova, com'è naturale, ben diversa la ragione del diritto al risarcimento. « Il creditore non ha verun diritto immediato sulle acquisizioni del debitore; esso ha diritto ad essere pagato, ma quello che il debitore guadagna, guadagna per sè e per la famiglia, salvo, s'intende, il pagamento degli oneri. Ma, insomma, qui non si toglie l'oggetto del diritto. Se voi uccidete il marito, vien davvero meno per la moglie il sostegno, l'aiuto, l'appoggio; ma se voi uccidete il debitore, non vien meno il credito dei creditori. Il credito per sè dura intatto, si trasmette agli eredi, può essere pagato da costoro o subito o in futuro, ecc. Ragione questa gravissima, che mi persuade a distinguere dagli altri creditori quelli aventi diritto agli alimenti, diritto affatto personale ».

36. *Quid* nell'ipotesi in cui il danneggiato diventi fallito?

Non si riconosce al curatore del fallimento il diritto di procedere nel nome del fallito contro l'autore del danno. Il curatore agisce nell'interesse della massa dei creditori, si dice, mentre il diritto appartiene a tutti i creditori. Se poi si tratta dell'azione personale, ogni creditore ha una situazione propria quanto alla causa, alla porzione del suo credito, alle garantie proprie; egli non fa valere che il proprio diritto, non quello del debitore, e non può profittarne la

(1) Mon. cit., n. 130.
(2) Lai, *Princ. gen. della resp. civ.*, § 90.

Digitized by Google

massa; quindi il curatore non può esercitare l'azione di risarcimento.

Questa dottrina del Sourdat (1) ha l'appoggio della Cassazione (21 dicembre 1875) e della Corte di Douai (10 agosto 1868). Borsani e Casorati, riferendosi ad una giurisprudenza più antica, affermano che dopo la dichiarazione di fallimento, l'azione di risarcimento non possa più esercitarsi dai singoli creditori (2). E noi reputiamo doversi accogliere quest'ultima opinione, perchè più conforme ai principii. Invero, l'azione di danno fa parte del patrimonio del fallito, sul quale esercitano i creditori ogni loro diritto. Il curatore deve realizzare tutto l'attivo e quindi deve esercitare le azioni tutte che al fallito competerebbero, tranne quelle strettamente personali o estranee al fallimento (art. 699 Cod. comm.), e tale non può considerarsi quella di risarcimento per delitto o quasi delitto.

37. Il danneggiato può cedere i suoi diritti ad un terzo (3). Questa cessione fu guardata con diffidenza dal diritto antico perchè in essa si ravvisava o una collusione coll'accusato o una turpe speculazione e quindi parecchie distinzioni vennero fatte (4). Nell'odierno diritto nessuna disposizione abbiamo che limiti la facoltà del danneggiato di cedere ogni suo diritto contro l'autore del danno.

Il cessionario non può agire che nel nome del cedente; ma l'autore del danno può invocare l'art. 1546 (fr. 1699) del Codice civile, ritenendo come litigioso il credito ceduto? Non ne dubitano Rauter (5) e Sourdat (6). Mangin (7) ritiene che il cessionario non possa pretendere mai che la condanna ai danni interessi superi il prezzo della cessione. Le

---

(1) Op. cit., n. 73 *quat.*
(2) Op. cit., § 106.
(3) Cass. Roma, 26 novembre 1901 (*Trib. Giud.*, 1902, 164).
(4) V. gli scrittori citati da Le Sellyer, *Eserciz.*, ecc., n. 277, nota.
(5) *Dir. Crim.*, n. 684.
(6) Op. cit., n. 74.
(7) Op. cit., n. 128.

Digitized by Google

Sellyer (1) ritiene potersi ammettere tale limitazione ed applicare anche l'art. 1699 (it. 1546); Saluto (2) ammette pure che la somma del risarcimento non possa eccedere quella della cessione e che sia ammessibile il retratto litigioso. Però Borsani e Casorati osservano che il credito del danneggiato non possa ritenersi per sè stesso litigioso, non dovendosi confondere il credito illiquido col credito litigioso. Ed invero, per lo più non si contende sull'*an debeatur*, ma sull'ammontare dell'indennizzo, il che non attribuisce al credito carattere litigioso. Tuttavia, soggiungono i predetti scrittori, quando l'azione civile nascente da reato sia stata ceduta dopo che il danneggiato erasi costituito parte civile in causa ed erasi sollevata contestazione sulla sussistenza del titolo di credito, diventato così litigioso, allora l'azione del cessionario sarà soggetta al retratto anastasiano (3). Ed in questo senso opinano anche Benevolo (4) e Giorgi (5).

38. La predetta soluzione debb'essere accolta, perchè è conforme al precetto dell'articolo 1547 (fr. 1700) del Codice civile, secondo il quale articolo il credito diventa litigioso quando la sussistenza di esso sia giudizialmente contestata. Borsari (6) si esprime in maniera contradditoria. Nulla di più disputabile, egli dice, di più vario ed incerto di un giudizio criminale dall'esito del quale l'azione civile dipende. Tuttavia sarebbe un errore il dire che l'azione civile sia un diritto litigioso, giusta il concetto del Codice Napoleone e del nostro che tolse da quello; o anche secondo la legge *ab Anastasio* dalla quale tolsero entrambi. Non vi è contestazione sul *credito della cosa*, sulla realtà, sul dominio del diritto. L'azione civile avrà o non avrà effetto: perirà coll'assoluzione dell'imputato, o seguirà quale accessorio la sua condanna — Certamente nessun'azione, in

(1) *Eserc.*, ecc., n. 277.
(2) Op. cit., I, n. 74.
(3) Op. cit., § 102.
(4) Trad. di Le Sellyer, op. cit., n. 277, nota *c*.
(5) Op. cit. V, n. 190.
(6) *Az. Pen.*, n. 119.

Digitized by Google

sè stessa considerata, è litigiosa; tale diventa colla contestazione giudiziale, e sotto questo punto di vista ha ragione il Borsari (1) di respingere la dottrina del Mangin per cui il cessionario non potrebbe pretendere che il prezzo della cessione, e la stessa opinione sostenuta dall'Hélie, il quale muoveva dal concetto che l'indennità per causa delittuosa fosse una vera pena.

Crediamo però che non basti una impugnazione qualsiasi fatta unicamente per fare attribuire al credito il carattere della litigiosità; i giudici del merito dovranno giudicare con molta circospezione.

39. Quale influenza potrà esercitare il prezzo della cessione sull'ammontare dell'indennizzo che debb'essere attribuito al cessionario? Certo, il prezzo della cessione nessuna influenza può esercitare; il responsabile non paga se non ciò che avrebbe dovuto pagare al danneggiato, e quindi l'entità dell'obbligo rimane immutata (2); e come a ragione osservano i commentatori anzidetti del nostro Codice di procedura penale, la cessione, oltre il valore del danno, rappresenta altri vantaggi ed oneri rispettivi delle parti, e che v'entrano pure le previsioni delle molestie e delle spese di una contestazione; ed oltre a ciò, è da tenere conto sempre del carattere aleatorio che assumono cessioni di simil genere (3). Però gli scrittori sono concordi nel raccomandare che i tribunali apprezzino equamente l'ammontare dell'indennità, evitando di favorire ogni cupidigia, ogni turpe speculazione (4).

40. Borsari non ammette che il cessionario possa comparire in giudizio. « La qualità di parte civile, secondo lui, è personale e intransativa. Non può essere parte civile chi vuole, come non può chi vuole essere querelante; onde

---

(1) *Az. Pen.*, n. 121, 123 e segg.

(2) CHIRONI, *Colpa extrac.*, n. 496 *ter*.

(3) Op. cit., § 102.

(4) MANGIN, loc. cit.; DEMOLOMBE, loc. cit.; SOURDAT, n. 74; LAROMBIÈRE, V, p. 725.

Digitized by Google

segue, a parlare esatto, non essere l'azione che si cede, ma i *diritti economici che ne derivano;* perciò disse meglio del nostro il Codice napoleonico indicando (ma io credo senza il merito dell'avvertenza), il *diritto dell'azione* anzichè l'azione stessa, come ebbi occasione di notare. L'azione ne resta inerente e *in ossibus* della parte lesa, benchè gli effetti utilitari siano, come ogni altro, transitivi » (1) — Ma questa dottrina è evidentemente erronea. Obbietto di qualsiasi cessione è il diritto del cedente; ma chi cede il diritto, per necessità giuridica cede anche l'azione, che è il mezzo di far valere il diritto. E l'art. 3 proc. penale stabilendo che l'azione civile possa essere esercitata dall'offeso o da chi lo *rappresenta,* è chiaro che comprenda anche i rappresentanti a titolo particolare (2).

Il cessionario esercita adunque tutti i diritti della parte lesa e come parte civile, ma sempre in nome del cedente, perchè l'autore del danno non è obbligato se non verso la parte lesa (3). Se non venga esercitato il retratto litigioso, i danni interessi debbono essere liquidati nè più nè meno come lo sarebbero stati di fronte alla parte suddetta.

41. Si può agire sui beni dotali per credito nascente da delitto o quasi delitto?

La gran maggioranza degli scrittori francesi e dei giudicati non ne dubitano, e ricordano consuetudini e scrittori anteriori al Codice in tal senso (4). L'inalienabilità della dote, si osserva, non può costituire un privilegio per sottrarsi al risarcimento del danno cagionato da fatti illeciti;

---

(1) Op. cit., n. 117.

(2) Conf. Benevolo, nella trad. di Le Sellyer, op. cit. n. 277, nota *b*.

(3) Sourdat, n. 74.

(4) Il principio era ammesso dalla Consuetudine di Orléans (articolo 200) pei beni della comunione. Pothier scriveva: « La sentenza di condanna pronunziata contro la moglie soltanto produce un diritto d'ipoteca sui beni di essa in favore di coloro che abbiano ottenuto la sentenza; ma non può essere pregiudizievole al diritto del marito di godere dei beni della moglie, durante tutto il tempo della comunione, nella quale debbono ricadere le rendite dei detti beni ». *Trattato della potestà maritale.* ecc., n. 66.

Digitized by Google

ma deve necessariamente andar limitata alle obbligazioni che volontariamente si assumono e per le quali chi contratta colla donna maritata deve sottostare ai rischi che ne possano derivare. Nè vale allegare l'interesse della famiglia, perchè tale interesse non può prevalere sul principio di naturale equità e di ordine pubblico, per cui ogni fatto doloso o colposo che reca danno ad altri, obbliga al risarcimento. Si ritiene quindi che il danneggiato possa procedere, durante il matrimonio, sulla nuda proprietà dei beni dotali (1).

42. Chironi non accetta una dottrina che in Francia può dirsi *jus receptum*, e presso noi è suffragata anche da giudicati (2). Secondo l'illustre scrittore, le eccezioni alla regola della inalienabilità della dote sono di stretta interpretazione, perchè il principio che esse limitano è dalla legge posto come essenziale al concetto della dote; estendendola, se ne altera il vero significato. L'inalienabilità della dote è istituto che non si attiene all'incapacità della donna come quello dell'autorizzazione maritale; la dote è destinata a sostenere i pesi del matrimonio, ed ogni distinzione tra la nuda proprietà ed i frutti non ha base giuridica, perchè non bastando i frutti, si ricorre alle proprietà per sopperire ai bisogni della famiglia. Che se d'ordine pubblico è il principio che obbliga al risarcimento del danno, d'ordine pubblico è parimenti la dote, per cui è attribuita ai beni dotali una speciale destinazione (3).

Non crediamo che i predetti argomenti valgano a fare respingere una dottrina sulla quale havvi tanta unanimità di assentimento. Non è giusto, non è morale che alla donna maritata sotto il regime dotale venga riconosciuta una con-

---

(1) Troplong, *Contr. di matrim.*, n. 3324 e 3327; Toullier, *Del contratto di matrim.*, n. 347; Bénoit, *Della dote*, ecc., II, n. 255; Aubry e Rau, § 538; Sourdat, n. 172; Guillouard, *Contr. di matrim.*, n. 2096; Tessier, *Della dote*, I, n. 454. In quanto alla giurisprudenza, v. gli arresti citati dai predetti scrittori, specialmente dal Sourdat.

(2) Cass. Napoli, 27 giugno 1879 (*Legge*, 1879, 1, 484); Roma, 9 luglio 1881 (*Ibid.*, 1881, 2, 629).

(3) *Colpa extrac.*, I, n. 127 e seg.

Digitized by Google

dizione privilegiata per sottrarsi alle obbligazioni derivanti da fatti illeciti. Sia pure la dote destinata a sostenere i pesi del matrimonio, e sia pure un istituto di diritto pubblico; ma il principio generale dell'art. 1151 Codice civile sovrasta ad ogni altro, e così è stato riconosciuto in ogni tempo. Il principio di equità che obbliga ciascuno a riparare il danno cagionato per sua colpa, si osserva con ragione, è evidentemente superiore alle considerazioni d'interesse generale che hanno fatto dichiarare la inalienabilità dei beni dotali. Ma le persone lese dal fatto illecito della donna non si sono volontariamente esposte alle conseguenze di tal fatto, ed il loro diritto al risarcimento deve prevalere sull'inalienabilità della dote (1).

Ed alla nostra volta respingiamo l'opinione di taluni scrittori (2), ritenuta anche da qualche giudicato (3), e per cui si potrebbe agire sui beni dotali nei casi in cui si tratti di risarcimento cagionato da fatti gravi, dolosi, e non quando trattisi di semplice colpa. I terzi, ben osserva il Sourdat (4), debbono essere garantiti contro i fatti che loro recano pregiudizio, dolosi o colposi che siano; per essi il risultato è lo stesso e l'impossibilità in cui si trovano di essere garantiti esiste sempre. Ed il Chironi riconosce anch'esso che la predetta limitazione, accolta la teoria alla quale si connette, non ha ragion d'essere, perchè se la legge ha distinto il delitto dal quasi delitto tenendo in conto lo stato della volontà rispetto all'ingiuria data, li ha però eguagliati nelle conseguenze, perchè nell'uno e nell'altro modo, il diritto altrui rimane sempre leso contro la volontà del titolare (5).

43. Sourdat (6) ricorda parecchi arresti, anche del supremo collegio, i quali ritennero potersi agire sui beni dotali nel

---

(1) Sourdat, loc. cit.
(2) Duranton, II, n. 493, e XV, n. 533; Guillouard, op. cit., n. 2096.
(3) Pau, 2 giugno 1880 (*Pal.*, 1882, 1, 1233).
(4) Loc. cit.
(5) *Colpa extr.*, I, n. 149.
(6) Op. cit., n. 172 *bis*.

Digitized by Google

caso di lite temeraria ed in quello in cui la donna maritata, pubblica mercantessa, non aveva fatto pubblicare il suo contratto a norma dell'art. 69 del Codice di commercio; ed osserva altresì che se talvolta la giurisprudenza richiese nella donna la mala fede, le manovre fraudolenti, ciò avvenne in materia di obbligazioni contrattuali e non di delitti e quasi delitti. Ma non per questo è giustificata l'affermazione del Chironi (1), cioè che la teoria da lui combattuta avesse la sua origine nella decisione di alcuni casi speciali in cui a rigore non trattavasi di colpa extra-contrattuale, perchè quella teoria è di molto anteriore alla decisione di cui parla il Chironi.

I casi sarebbero i seguenti: *a*) una donna maritata rimane aggiudicataria di un immobile e non può pagarne il prezzo; *b*) ovvero mentisce all'altro contraente di essere maritata col regime dotale; *c*) ovvero che avesse mentito all'altro contraente il vero stato ipotecario dei suoi beni parafernali (2). Nel primo caso, bene osserva l'autore che non sia a parlare di colpa aquiliana, ma di colpa contrattuale; gli altri due casi vengono esaminati soltanto per ciò che può riferirsi alla colpa, cioè se contrattuale od aquiliana, perchè al fine di potere procedere sui beni dotali è inutile l'indagine, secondo la teoria da lui sostenuta (3). Ma, secondo la teoria da noi seguìta è necessario distinguere tanto per ciò che si riferisce alla colpa quanto al dolo; s'intendono usati *in contrahendo* o al di fuori della convenzione?

Chironi, dopo di avere rilevato l'astrusità di certi argomenti, osserva che si potrebbe distinguere, secondo che occorre, la figura della colpa contrattuale o dell'aquiliana, e considerare quindi l'esistenza del contratto per decidere quale di essi intervenga. Se, p. e., il contratto fosse stato costituito per effetto di dolo usato da uno dei contraenti e per tale ragione fosse stato annullato, allora il rapporto attinente alla responsabilità parrebbe governato dalle norme concernenti il delitto. Se il consenso fosse stato dato per

(1) Op. cit., n. 149.
(2) Op. cit., n. 150.
(3) Op. cit., n. 153.

Digitized by Google

errore, senza colpa dell'altro contraente, potrà la donna maritata domandare l'annullamento, nei casi consentiti dalla legge; ma l'altra parte, a ragione di sua buona fede, *avrebbe il diritto di agire per quasi delitto commesso dalla donna.* « Tolto il contratto, rimarrebbe tuttavia la responsabilità a causa di colpa aquiliana, se l'errore non fosse tale da potersene agguagliare gli effetti al caso, perchè la diligenza bastevole a determinare l'errore sufficiente ad ottenere l'annullamento del negozio, può essere diversa per grado di quella valevole a determinare il quasi delitto. Se poi non vi fosse annullamento del contratto, senza far distinzione alcuna, la colpa ed il dolo dovrebbero dare soltanto causa a responsabilità contrattuale; e applicando questi criterii alla inalienabilità della dote, si verrebbe anzitutto a ciò: che nell'ipotesi di colpa contrattuale, converrebbe esaminare la validità dell'obbligazione secondo lo stato d'incapacità che è ordinato dalla legge rispetto alla donna maritata. Ma tale distinzione in materia di colpa ripugna alla costruzione qui proposta ed accolta, della colpa *in contrahendo:* e in conformità al concetto che di questa figura s'è dato, convien dire che, pur trattandosi di dolo, la condotta illecita tenuta nella formazione del negozio è sempre contrattuale » (1).

44. Noi ci permettiamo di osservare anzitutto che non si comprende la ipotesi in cui non fosse chiesto l'annullamento del contratto e tuttavia si domanderebbero i danni-interessi. A che titolo verrebbero domandati? Ma, dato l'annullamento del contratto, il risarcimento del danno si domanderebbe a causa di delitto o quasi delitto? In altri termini, può dirsi che la condotta illecita tenuta nella formazione del negozio sia sempre contrattuale?

L'afferma il Chironi, ma con evidente contraddizione; però noi facciamo notare che tutti gli scrittori che abbiamo citati ritengono trattarsi di responsabilità per delitto o quasi delitto, in maniera che sorga l'obbligazione al di fuori del contratto. Ed invero, senz'abbandonarsi ad astruse

(1) Op. cit., n. 153.

Digitized by Google

distinzioni, parci che soltanto debbasi distinguere il dolo usato dal contraente per carpire all'altro un consenso su ciò che forma obbietto della convenzione, dal fatto illecito consumato colla intenzione di nuocere, alla quale suolsi dare, ma impropriamente, il nome di dolo. Il primo è costituito dai raggiri usati da un contraente a danno dell'altro e senza dei quali il raggirato non avrebbe contrattato (art. 1115 Codice civile); il secondo, che impropriamente appellasi dolo, è costituito dalla consumazione del fatto illecito, pur sapendosi di esser tale. È ciò che costituisce il delitto civile, distinto dal quasi delitto, che è fatto essenzialmente colposo. E siccome nel dolo è essenziale l'intenzione di carpire l'altrui consenso, così dall'essere l'elemento intenzionale comune all'una ed all'altra figura del fatto illecito, sogliono entrambi talvolta confondersi. Ciò è deplorevole, perchè il danno derivante dal fatto illecito, conosciuto e voluto, ma consumato senza raggiri e manovre fraudolenti, può verificarsi al di fuori del contratto, ed essere colpito, anzichè dall'art. 1115, dall'art. 1151 del Codice civile. Se fosse altrimenti, se fossimo costretti di dovere sempre necessariamente ricorrere all'art. 1115, non potremmo parlare di responsabilità civile, di risarcimento di danno, in tante ipotesi, tra le quali quella di cui ci occupiamo, cioè dell'alienazione dell'immobile dotale, coll'occultamento del carattere di dotalità.

45. Qualche decisione ha applicato l'art. 1151 anche al caso di raggiri e manovre fraudolenti. « Due principii, disse la Corte d'appello di Napoli (1), sono a fronte: uno d'interesse della civile comunanza nell'art. 1151 Codice civile in ordine a delitti e quasi delitti; l'altro d'interesse della famiglia nell'art. 1405 Codice stesso, in ordine alla inalienabilità del fondo dotale. Nella collisione, il secondo deve certamente cedere al primo, come il meno al più. Ora, la Longhetti, assistita dal marito, mediante un delitto, cioè producendo copia non vera del suo contratto nuziale, giungeva a carpire dai suoi creditori delle forti somme, che

(1) Decis. 1° luglio 1878 (*F. It.*, 1879, 1, 317).

Digitized by Google

versava in quella stessa famiglia che oggi vorrebbe protetta dalla inalienabilità del fondo dotale. Ciò varrebbe concedere alla dotata e alla famiglia un illecito guadagno col danno altrui, e per sovrappiù a scapito delle leggi di ordine pubblico e di sicurezza sociale » — Ebbene, vogliamo una prova della deplorevole confusione in cui si cade per non tener conto della distinzione della quale sopra abbiamo tenuto parola? Basta leggere un brano della nota che il consigliere Cosi apponeva alla decisione della Corte napoletana. L'annotatore, dopo di aver citato parecchi scrittori francesi che ammettono la responsabilità della donna maritata, nell'ipotesi che discutiamo, per delitto o quasi delitto, avverte di non lasciarci fuorviare da queste espressioni, *per non fare una troppo ampia dilatazione della teorica.* E scrive: « Non basterebbe quindi che la donna o i coniugi tacessero la dotalità del fondo, ed anche ne affermassero semplicemente la parafernalità, ma bisognerebbe provare che essi avessero adoperato falsità, raggiri e macchinazioni dolose, atte ad ingannare i meglio accorti, e tali che senza esse il terzo non sarebbesi indotto a contrattare. Trattandosi infatti di un quasi delitto nel significato improprio di falso meramente civile, cioè di una semplice dissimulazione o di una falsa assertiva non punibile, mancherebbe allora la infrazione dell'ordine pubblico, di cui la possibilità è appunto la stregua. E, d'altra parte, colui che contrattando su beni di una donna maritata si accontentasse a semplici affermazioni di parafernalità, non avendo usato di tutto il necessario accorgimento, non potrebbe aspirare a tanto favore dalla legge. Cessati adunque i motivi determinanti la statuita teorica, ne cesserebbe in tali casi l'applicabilità, ed il principio della inalienabilità delle doti, da niuna prevalente ragione sopraffatto, dovrebbe quindi restar saldo. Ed è questo in realtà il concetto di quei chiari scrittori, quantunque alcuno di essi sbadatamente accenni non doversi intendere solo dei delitti privati della legge penale, ma di quelli eziandio puramente civili ».

Quanti errori in quest'annotazione! I chiari scrittori citati dal Cosi parlano di responsabilità a causa di delitto o quasi delitto, e non è lecito attribuire a queste espres-

Digitized by Google

sioni un linguaggio diverso da quello che hanno secondo la scienza e la legge positiva, affermando che da quegli scrittori fossero state usate impropriamente, e di scorgere il delitto civile nel solo fatto punibile dalla legge penale. E sol perchè io non abbia usato il dovuto accorgimento e mi sia contentato delle affermazioni del mio contraente, vien meno il fatto illecito? Chi avrà sostenuto che per aver luogo il delitto civile occorra il raggiro o la manovra fraudolenta? Non basta che il fatto sia voluto? E se fosse altrimenti, non si dovrebbe escludere sempre il quasi delitto, che è fatto colposo?

Ecco le conseguenze dell'avere ravvisato il delitto civile nel solo fatto doloso di cui all'art. 1115 Codice civile; il quale fatto poi può non cadere sotto la sanzione del Codice penale ed essere limitato soltanto al risarcimento del danno.

46. Possono dunque verificarsi delle ipotesi in cui la moglie o il marito o entrambi abbiano usato dei raggiri e dei mezzi fraudolenti per disporre dei beni o delle ragioni dotali senza che l'altro contraente se ne fosse accorto. È la specie decisa dalla Corte d'appello di Napoli colla sentenza sopra menzionata; si ritenne applicabile l'art. 1151 del Codice civile, e quindi delitto civile, obbligazione di risarcimento contratta al di fuori della convenzione. La sentenza è troppo laconica, perchè avrebbe dovuto rilevare appunto il detto estremo, cioè perchè trattavasi di responsabilità extracontrattuale; e la ragione, secondo il nostro avviso, parci essere la seguente.

Il dolo di cui parla l'art. 1115 Codice civile si riferisce all'obbietto del contratto, alle ragioni che possono muovere una persona a contrattare, secondo la utilità che il negozio giuridico presenta, e che talvolta si fa apparire in maniera ben diversa da quella che effettivamente sia, senza che l'altro contraente se ne accorga. Su questa falsa apparenza si specula, ed inducendo una persuasione contraria al vero sulla utilità del negozio, si arriva a carpire un assentimento fondato sopra motivi artificiosi, conseguenza di raggiri, di macchinazioni, di astuzie, mercè cui si arriva all'inganno. Ora, tale dolo non può confondersi con quelle false indi-

Digitized by Google

cazioni sulla capacità della persona, ovvero sulla possibilità legale che la cosa sia alienata; indicazioni che si dànno a colui col quale si voglia contrattare. Talvolta si riesce allo scopo occultando determinate circostanze, cioè col silenzio.

La nostra legge (art. 1305), al par di quella romana (leg. 2°, Cod. 2,43), nega l'azione al minore, il quale con raggiri o mezzi dolosi abbia occultato di essere tale; e ciò costituisce *jus receptum* nel diritto francese, anche nell'assenza di un testo di legge, per le dichiarazioni fatte al Corpo legislativo ed al Tribunato (1). Ma il fatto dei raggiri e dei mezzi dolosi per farsi credere maggiorenne è dalla dottrina qualificato fatto illecito. Per esempio, dalla regola per cui il minore non ha diritto a restituzione per le obbligazioni derivanti da delitto o quasi delitto (art. 1306, fr. 1310), Solon (2) ricava la conseguenza che non abbia diritto a restituzione nell'ipotesi anzidetta. E così, di delitto o di quasi delitto parlano i patrii scrittori (3). Ebbene, la posizione giuridica è la medesima; invece del minore che con mezzi fraudolenti si faccia credere maggiorenne, abbiamo la donna maritata che usa gli stessi mezzi per far credere che un fondo, anzichè dotale, sia parafernale. Questo fatto è illecito, preordinato al contratto, e costituisce delitto civile, perchè volontariamente consumato, e ciò indipendentemente dal poter costituire delitto penale, cade sotto la generica sanzione dell'art. 1151, il quale, pel carattere assoluto ed universale che lo distingue, comprende il delitto civile ed il quasi delitto. E poichè è principio che può dirsi *jus receptum*, rispondere i beni dotali per le obbligazioni della donna derivante da delitti o quasi delitti, così il detto principio va applicato anche all'ipotesi in cui la donna abbia con mezzi illeciti occultato il carattere dotale di ciò che abbia formato obbietto della convenzione.

47. Si opporrebbe (4) l'articolo 1407 del Codice civile (fr. 1160) dove si parla della responsabilità del solo marito,

(1) V. Marcadé, sull'art. 1307 Cod. Nap.
(2) *Trattato delle nullità*, n. 297.
(3) Borsari, *Comm. al Cod. civ.*, § 3625.
(4) Cass. Napoli, 17 ottobre 1880 (*F. It.*. 1881, 1, 219).

Digitized by Google

ed è stata opinione sostenuta dal Troplong (1), dal Marcadé (2) e da talune corti francesi, che la responsabilità sia soltanto del marito, giusta quanto stabiliva la Novella 61, § 2° e 4°. Ma la gran maggioranza degli scrittori respinse tale interpretazione e ritenne responsabile la moglie nel caso di prestata garanzia, limitando però l'esecuzione sui beni parafernali della moglie e sotto condizione che essa provi l'utile impiego delle somme (3).

Ma non si giustifica tale opinione che riconosce la responsabilità della moglie nel solo caso di assunta garantia. L'articolo sopra menzionato contempla soltanto la responsabilità del marito e la limita al solo caso in cui nel contratto non abbia dichiarato che la cosa alienata od obbligata fosse dotale, ed ha taciuto della moglie. Ha voluto con ciò esimere la moglie da qualunque responsabilità, anche da quella derivante dal fatto illecito? Ha voluto pur esso far tacere il principio generale di responsabilità dell'art. 1151 (fr. 1382)?

Se riconoscesi la responsabilità pel caso dell'assunta garentia da parte della moglie, perchè non dovrà riconoscersi nel caso del fatto illecito? Vi sarebbe un conflitto tra l'art. 1407 e l'art. 1151? Al leggere le ragioni che si adducono per escludere la responsabilità della moglie, v'è da pensarci su e molto. « Si reputa, dice il Borsari, che il marito, nella pienezza delle sue capacità civili, sia atto ad ingannare; la moglie no. Essa non è meno informata che i beni che aliena sono dotali. Ma con una felice indifferenza che la legge permette, si fa dare indietro dal compratore le cose che gli ha venduto, ben sotto la più solenne promessa di garanzia. *Se questo non è dolo, non so quale possa chiamarsi.* Ma la donna maritata è sempre destinata a far la vittima inconscia, benchè abbia operato con tutta cognizione e per dippiù goduto e scialacquato il prezzo della vendita. In un rapporto che non si è ancora emancipato

(1) *Contr. di matrim.*, n. 3544.

(2) Op. cit., sull'art. 1560, § 4.

(3) Zachariae, § 537; Tessier, II, 76; Pont e Rodière, II, n. 592; Duranton, XV, n. 530.

Digitized by Google

del tutto dalla vecchia regola: *interest reipublicae dotes salvas fore*, benchè passata, al vedere dei moderni, in un ordine secondario, bisogna fingere la incapacità, come si diceva, bisogna crearla, affinchè il principio della inalienabilità abbia una sanzione e il violarlo non sia in potere di colui nel cui interesse è statuito » (1).

48. E sì che il principio anzidetto deve oggidì essere considerato d'ordine meramente secondario, e sovr'esso deve prevalere il principio di responsabilità che colpisce tutte le azioni illecite, senza distinzione di sorta. E ricordiamo con compiacimento la decisione della stessa suprema Corte napoletana 27 giugno 1879 (2), la quale confermando quella della Corte d'appello 1° luglio 1878 sopra menzionata, ne riconfermò il principio. Potrebbe la donna maritata, domanda il supremo collegio, aspirare per la sua dote a riguardi maggiori di quelli che ha la legge prodigato pei minori? Sarebbe impossibile il pensarlo, essa risponde, senza sconvolgere i principii fondamentali della moralità delle azioni. « Il minorenne, in tutti gli atti suoi segue l'impronta di quel *lubricum aetatis* che menoma la responsabilità, e di cui la stessa legge penale tien conto per l'applicazione della pena. Invece, la donna, tuttochè coniugata, non trova venia nella fragilità del sesso: identica la pena per lei come per l'uomo. E se pel minore tace il benefizio dell'età quanto alle civili derivazioni dal delitto o quasi delitto, debba per più forte ragione venir meno ogni riguardo di dote per la donna coniugata. Nelle sanzioni poc'anzi ricordate, che riguardano il minorenne, vuolsi riconoscere la proclamazione di un principio generale, applicabile semprechè trattisi delle civili conseguenze di un delitto o quasi delitto ».

La Corte di Trani applicò lo stesso principio alla specie in cui i coniugi, colla loro colpa, avevano indotto in errore l'acquirente sulla natura dotale o parafernale dell'immobile alienato, e dichiarò la responsabilità di entrambi per fatto

(1) Op. cit., § 3418.
(2) *F. It.*, 1879, 1, 894.

Digitized by Google

illecito (1). Dunque, fatto illecito che obbliga al risarcimento è quello di avere ingannato taluno sulla natura dei beni che formarono obbietto della contrattazione; fatto illecito che obbliga al risarcimento è quello di aver fatto sì che volontariamente per propria colpa taluno abbia contratto sopra beni dotali credendoli parafernali. In qualunque modo commesso il fatto illecito, cade sotto la sanzione degli articoli 1151 e 1152. È indifferente che siano stati usati raggiri; anche il silenzio induce colpa, e tanto la moglie quanto il marito ne debbono rispondere. E rispondendo di delitto civile o di quasi delitto, ben si potrà procedere esecutivamente sui beni dotali.

49. Dispone l'articolo 109 capov. del Codice di procedura penale che le persone, le quali non hanno la libera amministrazione dei loro beni non possono costituirsi parte civile se non siano autorizzate nelle forme prescritte per l'esercizio delle azioni civili. È chiaro che questo articolo implicitamente si riferisce all'articolo 36 del Codice di procedura civile.

Il padre, ed in sua mancanza la madre, può esercitare l'azione civile nel nome ed interesse del figlio minorenne (2), quand'anche il figlio fosse interdetto ed avesse figli legittimi (3). E se si tratta di prole naturale riconosciuta, l'azione civile può essere esercitata dal padre, se il riconoscimento sia stato fatto da entrambi i genitori; dalla madre, se essa soltanto abbia riconosciuto il figlio (4).

L'articolo 482 del Codice civile francese vieta al minore emancipato l'esercizio delle azioni *immobiliari*, e quindi se ne conchiude che possa esercitare l'azione civile, che ha carattere mobiliare (5). Questa opinione non può sostenersi sotto l'impero del nostro Codice civile, per il disposto degli articoli 317 e 318 del Codice medesimo.

---

(1) Decis. 25 gennaio 1901 (*F. Puglie*, 1901, 57).

(2) Le Sellyer, *Eserc. dell'az. pen.*, n. 274; Cass. Roma, 4 maggio 1885 (*Riv. Pen.*, XXIII, 323).

(3) Cass. Palermo, 17 febbraio 1882 (*Circ. Giur.*, 1882, 57).

(4) Cass. Torino, 11 luglio 1883 (*Giur. Pen.*, 1883, 357).

(5) Mangin, *Az. Pen.*, n. 125; Dalloz, v. *Istruz. crim.*, n. 88; Sourdat, n. 288; Le Sellyer, op. cit., n. 273.

Digitized by Google

50. Non può riconoscersi al marito la facoltà di esercitare l'azione civile nell'interesse della moglie, perchè non ne è il rappresentante (1).

51. La Consuetudine di Orléans permetteva alla donna maritata di esercitare azione penale e civile derivante da ingiuria senza bisogno dell'autorizzazione del marito. *Femme mariée peut intenter et poursuivre en jugement sans son mari l'injure dite ou faite à elle; et aussi peut être convenue pour l'injure qu'elle aurait faite ou dite à aucun* (art. 200). Questi termini *injure dite ou faite à elle*, insegnava Pothier (2), comprendevano tutti i delitti, di qualsiasi specie, commessi contro la donna maritata. Autorizzata dalla Consuetudine *à en poursuivre la réparation* senza l'intervento del marito, poteva ciò fare sia con querela, sia con azione civile, essendo generica l'espressione *poursuivre* e comprendendo l'uno e l'altro mezzo. E così, dicendosi che *peut être convenue pour l'injure*, dovevasi intendere tanto in civile, quanto in penale, per qualsiasi delitto dalla donna commesso. Ed il predetto scrittore insegnava inoltre, come regola generale, che non occorreva l'autorizzazione del marito per esercitare l'azione civile, pel motivo che la moglie agiva *tuendi honoris* causa (3). Ma tale opinione non era seguìta da tutti gli scrittori (4).

Sotto l'impero del Codice, è stata dottrina concorde che l'azione civile esercitata dalla donna maritata innanti i magistrati penali, non differendo da ogni altra azione, rendonsi applicabili gli articoli 215 e 218 del Codice civile, e quindi occorra l'autorizzazione del marito (5).

---

(1) Benevolo, in Le Sellyer, op. cit., n. 274, nota *c*. L'opinione dello scrittore francese è in senso contrario.

(2) *Puiss. du marit.* etc., n. 65.

(3) *Proc. civ. e crim.*, n. 160.

(4) Nel senso di Pothier: Jousse, *Trattato della giust. crim.*, vol. I, p. 587 e vol. III, p. 45 e seg.; Mouyart de Vouglans, *Ist. di dir. crim.*, pag. 41 e *Leggi crim.*, p. II, pag. 589; Rousseau de la Combe, *Mat. crim.*, p. III, cap. I, sez. 1ª, n. 2. In senso contrario: Lebrun, *Trattato delle com.*, lib. II, cap. I, sez. 1ª, n. 27.

(5) Hélie, op. cit., II, § 115; Mangin, op. cit., n. 125; Dalloz, v. *Querela* e *Parte civile*, sez. 1ª, n. 3; e *Istruz. crim.*, n. 88; Sourdat, n. 288; Demolombe, *Matrim.*, n. 351; Le Sellyer, *Eserc. dell'az. pen.*, n. 272.

Digitized by Google

52. Di fronte all'articolo 134 del Codice civile, qualche scrittore (1) crede che la quistione se la donna maritata possa costituirsi parte civile senza l'autorizzazione del marito non possa essere risoluta in termini assoluti; ma che in ogni singolo caso occorra indagare se coll'esercizio dell'azione civile la donna maritata tenda a riscuotere una somma che costituisca capitale. Questa opinione non può da noi venire accolta, perchè l'esercizio dell'azione civile derivante da reato non tende essenzialmente che al risarcimento del danno, ad ottenere condanna ai danni-interessi; e se ogni condanna di tal genere implicasse riscossione di capitale, l'autorizzazione del marito sarebbe sempre necessaria.

Ma una condanna ai danni-interessi non sarà mai equiparabile a riscossione di somme; e lo stesso Benevolo (2), che ricorda in suo favore una decisione della Cassazione fiorentina 30 ottobre 1885 (3), la quale non ritenne necessaria l'autorizzazione del marito per la costituzione di parte civile della moglie in caso di adulterio, si ferma sul principio ritenuto dalla Corte suddetta, cioè che la indennità reclamata nel giudizio penale dalla donna maritata può assumere il carattere di capitale « quando liquidata che fosse, si trattasse dell'effettivo suo pagamento ». E lo stesso scrittore conviene che allora non sia bisogno dell'autorizzazione del tribunale, perchè il pagamento dell'indennità non si effettua mai innanti il magistrato al quale è chiesta. Del resto, la patria giurisprudenza è quasi concorde nel ritenere non necessaria l'autorizzazione maritale nell'ipotesi della quale ci siamo occupati (4).

---

(1) Benevolo, *La parte civile nel giud. civ.*, n. 20 (2ª ediz.), e in nota alla traduzione di Le Sellyer, *Esercizio dell'az. pubbl. e priv.*, nota *c* al n. 272.

(2) In Le Sellyer, loc. cit.

(3) *Riv. Pen.*, XXIII, 57.

(4) Tra le decisioni più recenti: Cass. Roma, 8 marzo 1890 (*C. S. Rom.*, 1890, 152); 22 febbraio 1892 (*F. It.*, 1892, 2, 240); 4 gennaio 1893 (*Ibid.*, 1893, 2, 378); 3 febbraio 1893 (*C. S. Rom.*, 1893, 218); 22 ottobre 1894 (*F. It.*, 1894, 2, 367); Catanzaro, 2 dicembre 1895 (*T. Cat.*, 1896, 149); Cass. Roma, 8 gennaio 1896 (*F. It.*, 1896, 2, 115); 22 aprile 1896 (*Ibid.*,

Digitized by Google

53. L'azione di risarcimento per delitti e quasi delitti si prescrive in trent'anni, avendo conseguito oggidì l'autonomia propria di fronte all'azione penale (art. 98 Codice penale) (1).

La prescrizione decorrerà dal giorno in cui il fatto dannoso sia stato consumato? Sourdat (2) osserva che se il fatto del quale trattasi non abbia prodotto immediatamente il suo effetto, allora è il caso di applicare la massima *contra non valentem agere,* ecc.; la prescrizione non può ritenersi abbia cominciato a decorrere se non dal giorno in cui il danneggiato abbia conosciuto il fatto dannoso. Se non che il linguaggio del predetto scrittore può dar luogo ad equivoci. « Noi abbiamo detto, così egli scrive, che il termine della prescrizione corre dal giorno in cui il fatto sia stato consumato. Bisogna tuttavia modificare questa proposizione, aggiungendo che il danno abbia dovuto essere manifestato. Il fatto che vi dà luogo potrebbe non avere prodotto istantaneamente il suo effetto; il danneggiato non è obbligato di agire se non quando abbia potuto scoprirlo; sino a tal momento egli è protetto dalla massima *contra non valentem agere,* ecc. L'applicazione di questa regola dipende da circostanze di fatto da essere apprezzate dai tribunali » (3). Orbene, se il danno non sia stato immediato al fatto, ma siasi verificato posteriormente, correrà la prescrizione dal giorno in cui siasi verificato o da quello in cui il danneggiato abbia potuto scoprirlo?

1896, 1, 233); 29 novembre 1895 (*G. P. Tor.*, 1896, 49), quantunque la moglie minorenne contro il marito; 27 maggio 1899 (*F. It.*, 1899, 2, 376); 27 maggio 1900 (*T. Rom.*, 1900, 429); 25 novembre 1901 (*Riv. Pen.*, 1901, 304); 25 gennaio 1904 (*Cass. Un.*, XV, 1380); Catanzaro, 8 novembre 1904 (*Giostra*, 1904, 46); 25 gennaio 1905 (*Dir. e Giur.*, XX, 905). *Contra:* Cass. Palermo, 6 luglio 1888 (*F. It.*, 1889, 251).

(1) Non sapremmo approvare il sistema del Codice germanico (§ 852), per cui l'azione si prescrive in tre anni dal giorno in cui l'offeso abbia conoscenza del danno e della persona responsabile, e in trenta anni negli altri casi. Con tal sistema, in occasione della prescrizione, sorge l'indagine sulla scienza del danneggiato, ed è bene che tale indagine sia evitata.

(2) Op. cit., n. 637.

(3) Loc. cit.

Digitized by Google

Il danno può essersi verificato, ma essere scoperto più tardi dal danneggiato; però tale fatto non crediamo che possa esercitare influenza sul decorrimento del termine della prescrizione. Nol crediamo, per quanto si invochi assai spesso la massima *contra non valentem agere*, perchè bisogna riconoscere che le cause di sospensione non sono che quelle soltanto stabilite dalla legge in omaggio alla massima predetta. Anche il Giorgi (1), quantunque non si occupi della quistione, ritiene che la prescrizione decorra dal giorno in cui il danno siasi verificato; ed argomento ci porge ancora il Codice germanico, il quale, come abbiamo veduto, fa decorrere la prescrizione più lunga dal giorno in cui il fatto illecito abbia avuto luogo.

54. Ma può avvenire che il fatto illecito produca il danno in un momento posteriore a quello in cui sia stato consumato. In questa ipotesi la suprema Corte romana ha ritenuto che la prescrizione decorra dal giorno in cui il danno sia avvenuto (2). Un'iscrizione ipotecaria viene illegalmente presa sopra immobili che non appartenevano al debitore. La suprema Corte ammise che la prescrizione non cominciò a decorrere dal giorno dell'iscrizione, ma da quello in cui il vero proprietario abbia chiesto il certificato ipotecario. « Il fatto illecito, se cominciò colla iscrizione sopra immobili che non erano del debitore, alli 8 maggio 1869 rimase permanente ed era tale che non produsse danni al momento stesso della iscrizione, sibbene quando il V. ebbe bisogno e chiese il certificato ipotecario. Ond'è che al momento in cui il danno si verificò, bisogna risalire per misurare il tempo necessario per la prescrizione dell'azione di rivalsa per danni, essendo strano ammettere che il V. avesse agito prima per essere rivalso di un danno che non aveva patito. Prima poteva soltanto agire per la cancellazione della ipoteca, ma il non avere agito prima, non toglie che il danno, se avvenuto, debba cedere a carico di colui che lo determini, e certamente

(1) Op. cit., V, n. 217.

(2) Decis. 11 dicembre 1901 (*Foro It.*, 1902, 1, 157); 9 ottobre 1905 (*Ibid.*, 1905, 1, 1403).

Digitized by Google

lo determinò il fatto illecito della ditta, che iscrisse ipoteca sopra fondi che non erano del suo debitore » (1). Ma se fu il fatto illecito che determinò il danno, dalla data del fatto illecito deve decorrere il termine della prescrizione. Farla decorrere dalla data del certificato ipotecario è una soluzione arbitraria che non si giustifica, perchè allora potrebbe dubitarsi anche se il danno siasi verificato il giorno in cui il detto certificato venne rilasciato.

CAPITOLO XVIII.

CONTRO QUALI PERSONE SI PUÒ ESERCITARE L'AZIONE DI RISARCIMENTO.

1. *L'azione civile può esercitarsi contro l'autore del fatto illecito e di tutti coloro che avessero contribuito al medesimo.*
2. *Ipotesi d'ingiurie successive.*
3. *Può sperimentarsi contro gli eredi.*
4. *Distinzione in ordine alle spese processuali.*
5. *Continua.* Quid *se la sentenza fosse passata in giudicato prima della morte del condannato?*
6. *Condizioni per esercitare l'azione di risarcimento contro le persone civilmente responsabili.*
7. Quid *se il danneggiato non si fosse costituito parte civile?*
8. *Il responsabile civile ha diritto d'intervenire nel giudizio penale?*
9. *Continua.*
10. *Profitta dei benefizii concessi all'autore del reato.*
11. *Continua.*
12. *Interesse del responsabile civile ad eccepire la prescrizione della azione penale.*
13. *Profitterà degli effetti della desistenza fatta senza riserva in favore dell'autore del reato?*
14. *Benefizii concessi alle persone civilmente responsabili riguardo alla difesa nel giudizio penale.*
15. *Gravame d'appello che compete al responsabile civile.*
16. *Continua.*
17. *Ricorso in Cassazione che dallo stesso può essere proposto.*

---

(1) Cit. decis., 11 dicembre 1901.

Digitized by Google

18. Persone contro le quali può essere sperimentata l'azione civile nei reati commessi per mezzo della stampa.
19. Continua.
20. Non esercitata l'azione civile innanti il giudice penale quale sarà l'efficacia del giudicato penale rispetto al responsabile civile?
21. Ipotesi in cui il responsabile civile convenuto nel giudizio penale risultasse autore o complice del reato.
22. Il correo non può, in sede d'appello, essere mutato in responsabile civile.
23. Pregiudizio che il responsabile civile può risentire dalla sentenza d'appello.
24. Quid *se dalle risultanze del dibattimento venga esclusa la responsabilità penale dell'accusato?*
25. Continua.
26. Continua.

1. L'azione di risarcimento si può esercitare: 1° contro l'autore del delitto civile o penale o del quasi delitto; 2° contro gli eredi del medesimo; 3° contro le persone che dalla legge sono dichiarate civilmente responsabili pel fatto altrui.

L'autore del danno è obbligato a risarcirlo per effetto del principio proclamato negli articoli 1151 e 1152 del Codice civile. Se trattasi di delitto civile o di quasi delitto, l'azione di risarcimento va spiegata in sede civile, seguendo le regole di competenza stabilite nel Codice di procedura civile per le azioni personali. Se il danno sia stato prodotto da reato, l'azione civile può esercitarsi innanti lo stesso giudice penale e contemporaneamente all'azione penale, salvo i casi espressamente preveduti dalla legge, e può esercitarsi anche separatamente innanti il giudice civile, rimanendone però sospeso l'esercizio sino a quando non siasi definitivamente pronunziato sull'azione penale intentata prima o durante l'esercizio di essa (art. 4 proc. pen.).

L'azione civile che appartiene al danneggiato od a chi lo rappresenta può esercitarsi contro gli autori, gli agenti principali ed i complici del reato, le persone civilmente responsabili ed i loro rispettivi eredi (art. 3 proc. pen.).

L'azione nascente dalla legge Aquilia fu data contro l'autore materiale del fatto dannoso e contro coloro che direttamente o indirettamente avessero contribuito al fatto. Parecchi esempi si potrebbero ricordare, tratti dal titolo

Digitized by Google

ad leg. Aquil. (Dig., 9, 2). Oggidì, con ragione si osserva che tanto per l'articolo 3 proc. pen., quanto per gli articoli 1151 e 1152 Codice civile, l'azione di risarcimento si possa proporre contro tutti coloro che abbiano cooperato attivamente o passivamente, sia moralmente, sia fisicamente, in modo diretto o indiretto, al danneggiamento, purchè tra il loro fatto o la loro omissione da un canto ed il danno verificato, dall'altro, esista la connessione logica di causa e di effetto (1). E si osserva ancora come la complicità civile sia più estesa di quella penale, abbracciando qualunque cooperazione al danneggiamento, siavi stato o no concerto precedente, sia o no possibile di determinare la parte di ciascun complice (2).

In materia di quasi delitto, l'azione di risarcimento si esercita non solo contro l'autore del danno, ma contro colui che avrebbe avuto l'obbligo d'impedire il danno e non lo abbia impedito. Così noi siamo passibili di risarcimento quando permettiamo che nella nostra proprietà vengano costruite opere che siano di nocumento ad altri, che costituiscano *injuria* (3). E lo siamo ancora quando scientemente profittiamo del danno commesso da altre persone (4).

2. Chironi (5) contempla l'ipotesi d'ingiurie successive, commesse da diverse persone, ed insegna con ragione che ciascuna di esse sia obbligata al risarcimento nella misura in cui l'effetto sia risultato dalla sua partecipazione. Se l'ultima ingiuria sia tale che per sè stessa avrebbe recato l'intiero danno, indipendentemente dalle precedenti, l'ultimo ingiuriante deve riparare il danno nella sua totalità. Ed osserva altresì che il risarcimento eseguito dall'ultimo

(1) Giorgi, V, n. 191.

(2) Giorgi, loc. cit. Conf. Larombière, art. 1382-83, n. 35, citato dal Giorgi.

(3) Giorgi, V, n. 196.

(4) La scienza in chi profitta del danno è necessaria. Così non sarebbe responsabile del danno chi si prevalga di un testamento dichiarato nullo in seguito, ma per motivi a lui nè imputabili, nè conosciuti. Bologna, 9 aprile 1897 (*Mon. Bol.*, 1897, 277).

(5) *Colpa extr.*, n. 416.

Digitized by Google

ingiuriato non libera gli altri che abbiano recato precedenti ingiurie; ma risarcito il danno nella sua totalità, l'offeso nulla può ripetere più dagli altri; e chi abbia soddisfatto l'intiero può esercitare il regresso contro gli altri, purchè dimostri che l'esito finale dell'ingiuria da lui commessa sia stato agevolato dalla precedente ingiuria (1).

3. L'azione di risarcimento si esercita contro gli eredi dell'autore del danno secondo la rappresentanza ereditaria (2), e contro altre persone civilmente responsabili. È un'azione di credito che ha il danneggiato, e, come ogni altra azione di simil genere, si può sperimentare contro gli eredi. Dubitossi di ciò nell'antico diritto a causa di reminiscenze del diritto romano sugli effetti della *litis contestatio;* ma il principio riconosciuto dal diritto canonico (3) prevalse, ed oggidì non se ne dubita più.

Contro l'erede non può esercitarsi che l'azione civile spettante al danneggiato; qualsiasi condanna che costituisca pena, come quella dell'articolo 38 Codice penale, rimane estinta. La morte del condannato, così l'art. 85 Codice penale, estingue la condanna anche alle pene pecuniarie non soddisfatte e tutti gli effetti penali della medesima. Ed è a ritenersi che il principio debb'essere applicato altresì a tutte le condanne a pene pecuniarie stabilite da leggi fiscali (4).

Gli eredi rispondono secondo la quota ereditaria di ciascuno, tranne disposizione contraria del testatore, il quale può mettere il risarcimento anche a carico di un legatario (5). E quand'anche il *de cujus* avesse commesso il fatto illecito insieme ad altro e condannato solidalmente, gli eredi rispondono sempre in ragione della loro quota, perchè tra essi la solidarietà cessa (6).

---

(1) Loc. cit.
(2) Cass. Napoli, 21 giugno 1878 (*Gazz. Trib.*, 1878, 252).
(3) Decret., cap. XIV, *De sepult.*
(4) V. la discussione che ne ha fatto il Sourdat, n. 79 e segg.
(5) Chironi, *Colpa extr.*, n. 499.
(6) Chironi, loc. cit.

Digitized by Google

4. In ordine alle spese processuali bisogna distinguere. Se l'accusato muoia prima di essere giudicato, il fisco nulla può pretendere, perchè mancando la condanna principale manca l'accessoria, che è quella delle spese. E si ritiene altresì con ragione che morendo il condannato quando la sentenza di condanna non era ancora divenuta irrevocabile, nemmeno in tal caso siano dovute le spese. Sourdat fa il seguente dilemma: o ammettere gli eredi a fare appello o ricorso in Cassazione per fare statuire sull'innocenza del loro autore, il che è inutile perchè essendo questi morto, la sentenza non potrebbe essere eseguita contro di lui, nè può rivivere un'azione estinta — ovvero ritenere che l'accusato sia morto *integri status*. Quest'ultima soluzione è la sola razionale, ed è stata seguìta dalla giurisprudenza (1).

5. Se però la sentenza fosse passata in giudicato prima della morte del condannato, si potrebbe agire contro gli eredi per le spese processuali?

La condanna alle spese è accessorio della condanna principale, ma non ha carattere penale; è stata quindi considerata come indennità dovuta al fisco, che ha anticipato le spese del processo, e per cui lo Stato può fare iscrivere anche ipoteca giudiziale (2). Di conseguenza l'azione può esercitarsi contro gli eredi del condannato.

6. L'azione di risarcimento può esercitarsi contro le persone civilmente responsabili; ed il giudice penale è investito ancora dell'azione civile contro le medesime.

Occorre anzitutto che l'autore del reato sia tradotto in giudizio, affinchè il giudice penale possa esercitare la sua giurisdizione sull'azione civile. Su questo punto concordano la dottrina e la giurisprudenza francese, facendosi eccezione soltanto pel caso in cui il responsabile civile possa esser

(1) Op. cit., n. 97. Conf. gli autori e le decisioni ivi citate in nota, e conf. anche Borsani e Casorati, op. cit., § 2266.

(2) Merlin, Rép., v. *Frais de proc. crim.*, n. 4; Chauveau ed Hélie, *Teorica del Cod. pen.*, I, n. 282; Sourdat, n. 94. V. gli scrittori e le decisioni ivi citate. Conf. Borsani e Casorati, § 2266.

Digitized by Google

soggetto alla stessa pena dell'*autore* del maleficio, come nei casi di contravvenzioni doganali, in cui la responsabilità penale esiste pei preposti e pei committenti (1). Ed è dottrina seguìta anche dai patrii scrittori (2).

È necessario però che le persone civilmente responsabili vengano regolarmente citate a comparire innanti il giudice penale, sulla richiesta del pubblico ministero o della parte civile, secondo che l'uno o l'altra vi avrà interesse (art. 549 proc. pen.); altrimenti l'azione civile debb'essere esercitata in sede civile, secondo le regole di competenza (3). Non si comprende come qualche corte abbia potuto ritenere che non avendo il civilmente responsabile fatto parte del giudizio penale, non si possa contro il medesimo esercitare l'azione di risarcimento (4). È un errore deplorevole, perchè se l'esercizio di tale azione resta impregiudicato di fronte all'autore del reato, a *fortiori* deve rimanere impregiudicato contro la persona che sia civilmente responsabile del danno. Anzi, la giurisprudenza ha con ragione ritenuto che la sentenza penale di condanna, in quanto all'accertamento del fatto illecito, faccia stato anche contro il civilmente responsabile (5). E quand'anche la costituzione di parte civile avesse avuto luogo soltanto contro l'autore del reato, la responsabilità di chi sia obbligato pel fatto altrui rimane impregiudicata (6); e così ancora se la parte lesa non si fosse costituita parte civile nel giudizio penale, il civilmente

---

(1) SOURDAT, n. 804; LE SELLYER, *Dei reati e delle pene*, ecc., n. 480.

(2) SALUTO, *Proc. pen.*, VI, n. 2030; GIUSTINIANI, nella traduz. di LE SELLYER, loc. cit., nota *a*.

(3) Casale, 7 maggio 1881 (*G. Cas.*, 1881, 281); Cass. Napoli, 13 maggio 1899 (*Legge*, 1890, 1, 95); Palermo, 12 agosto 1895 (*F. Sic.*, 1895, 436); Bologna, 11 aprile 1904 (*Temi*, 1904, 554); Cass. Palermo, 13 maggio 1905 (*F. Sic.*, 1905, 382).

(4) Torino, 22 novembre 1897 (*Legge*, 1898, 1, 95); 27 novembre 1897 (*La Giur.*, 1898, 591).

(5) Cass. Roma, 25 luglio 1903 (*F. Sardo*, 1904, 78); 6 febbraio 1904 (*Giur. It.*, 1904, 1338); Casale, 31 ottobre 1904 (*Giur. Tor.*, 1904, 1483). *Contra:* Roma, 26 marzo 1904 (*Pal. Giust.*, 1904, 221).

(6) Napoli, 1° dicembre 1886 (*Riv. Pen.*, XXV, 434); Torino, 12 marzo 1887 (*Giur. It.*, 1887, 476); Catania, 21 febbraio 1896 (*G. Cat.*, 1896, 43); Roma, 19 maggio 1904 (*Pal. Giust.*, 1904, 745).

Digitized by Google

responsabile può essere condannato solidalmente coll'accusato al risarcimento dei danni (1).

7. Ma se il danneggiato non siasi costituito parte civile può far citare il civilmente responsabile a comparire nel giudizio penale?

E stato osservato con ragione che a torto si argomenterebbe per l'affermativa dall'articolo 569 che autorizza la condanna del civilmente responsabile anche a favore di danneggiati che non si siano costituiti parte civile nel giudizio penale; si creerebbe una strana antinomia tra la predetta disposizione e quella dell'articolo 549 dello stesso Codice. Il dubbio, osservano Borsani e Casorati (2), si risolve mercè la razionale interpretazione dell'art. 549, non confondendo la richiesta di citazione del responsabile civile con l'esperimento delle ragioni del danneggiato dal momento che il responsabile stesso sia intervenuto in giudizio. Per richiedere la citazione il danneggiato deve costituirsi parte civile (art. 549 p. p.); invece per esperire il danneggiato le proprie ragioni contro il responsabile civile, basta che questo intervenga in causa, sia pure sulla richiesta del pubblico ministero, per la ragione che la richiesta fatta da uno degli interessati è operativa anche per gli altri. Ne deriva ancora come conseguenza che se il civilmente responsabile sia stato citato a richiesta del pubblico ministero, il danneggiato possa esercitare contro di quello la propria azione di risarcimento anche senza che assuma la qualifica di parte civile contro l'imputato (3).

Tuttavia si è creduto di dover fare eccezione pel caso in cui si tratti di reato che rechi danno alla finanza dello Stato (4). Ma in contrario si è osservato che la chiamata del responsabile civile si giustifica sempre pel riflesso che

---

(1) Cass. Palermo, 6 ottobre 1887 (*Legge*, 1888, 2, 519); 6 ottobre 1888 (*Ibid.*, 1888, 2, 619); Catania, 21 febbraio 1896 cit.; Cassaz. Roma, 15 marzo 1897 (*C. S. Rom.*, 1897, 55).

(2) Op. cit., § 2223.

(3) Borsani e Casorati, loc. cit.

(4) Cass. Palermo, 5 maggio 1884 (*F. It.*, 1884, 2, 307).

Digitized by Google

lo Stato vi abbia sempre legittimo interesse pel conseguimento delle spese di giustizia (1). Che se si tratti di persone obbligate di rispondere civilmente per le contravvenzioni dei loro agenti, debbano, insieme a questi ultimi, essere chiamate a rispondere nel giudizio penale (2).

8. Il responsabile civile ha diritto d'intervenire nel giudizio penale?

Borsani e Casorati (3) e Masucci (4) non accolgono l'affermativa, sulla quale è prevalente la giurisprudenza francese, conforme agli insegnamenti di Mangin (5) e di Hélie (6).

Osservano i predetti patrii scrittori che l'intervento, nelle materie penali, è sovversivo dei principii fondamentali su cui poggia il sistema delle azioni, e ciò a differenza dell'intervento nei giudizii civili, che nascono dal privato interesse. Nelle materie penali, l'azione che promuove il giudizio è riservata al pubblico ministero; l'azione civile è pedissequa di quella penale ed è riservata soltanto al danneggiato. L'accusato è parte, ma non ha azione e tutti i suoi diritti si svolgono sotto forma di eccezione; lo stesso deve dirsi parimenti delle persone che siano civilmente responsabili.

Muovendo dai predetti criterii si nega che le persone anzidette possano, senz'essere chiamate, intervenire nel giudizio penale. Contro di esse non fu formulata azione nè dal pubblico ministero nè dalla parte lesa. Ma in contrario può osservarsi che dal momento in cui la legge permette che l'azione civile venga esercitata innanti il magistrato penale, la cerchia del giudizio penale viene estesa ancora

---

(1) Cass. Torino, 22 gennaio 1885 (*Legge*, 1885, 1, 642); 5 febbr. 1885 (*F. It.*, 1885, 2, 342); Cass. Firenze, 1° aprile 1885 (*Ann.*, 1885, 106).

(2) Cass. Roma, 18 gennaio 1881 (*Giur. It.*, 1881, 137); Cass. Firenze, 13 agosto 1881 (*T. Ven.*, 1881, 479).

(3) Op. cit., § 2242 e 121.

(4) V. *Riv. Pen.*, XIX, n. 1, 2 e 3.

(5) Op. cit., n. 217.

(6) Op. cit., vol. VII, cap. VI, § 504, n. 9.

Digitized by Google

ad interessi d'ordine privato. Accessoria per quanto si voglia l'azione civile nei giudizii penali, essa deve avere il suo esplicamento, e quando un legittimo interesse sorga e sia connesso a quell'azione, uopo è riconoscere che debba trovare la sua sede per farsi valere anche nel giudizio penale. Non può negarsi l'interesse delle persone civilmente responsabili di far valere le proprie ragioni per escludere od attenuare la loro responsabilità, e si riconosce tale interesse quando siano chiamate in giudizio dal pubblico ministero o dalla parte civile; or perchè sarebbe loro interdetto l'intervento nel giudizio penale tendente al medesimo scopo? Se altro argomento non ci porgesse la legge, basterebbe quello che a rigor di logica potrebbe desumersi dall'art. 569 proc. pen., secondo il quale articolo colla sentenza stessa di condanna verranno altresì condannate, se siavi luogo, anche le persone civilmente responsabili verso la parte civile o verso altri danneggiati che non siano costituiti parte civile. La predetta disposizione è concepita in termini così generali da non ammettere restrizione.

9. Se trattasi d'interesse puramente civile che venga a discutersi nel giudizio penale, è logico che in tale giudizio possa farsi valere, giusta il principio generale proclamato nell'art. 36 del Codice di proc. civile. Il terzo, si dice, anche se civilmente responsabile, non è mai esposto alle conseguenze di un giudizio in cui non abbia avuto parte, per la regola di diritto che i giudizii non hanno effetto se non tra coloro che vi abbiano partecipato (1). Ma tale affermazione non è esatta in materia di giudicato penale; questo per ciò che si riferisce ai fatti accertati nel relativo giudizio ed in base ai quali il giudicato penale sia stato pronunziato, costituisce cosa giudicata *erga omnes*, anche di fronte al civilmente responsabile, come altrove abbiamo dimostrato. E di conseguenza si spiega il legittimo interesse che il civilmente responsabile possa avere ad intervenire nel giudizio penale per far valere tutte quelle ragioni, eccezioni, prove, che influendo sulla responsabilità dell'accusato, riper-

(1) Borsani e Casorati, loc. cit.

Digitized by Google

cuotano le conseguenze sul responsabile civile. Non potrà questi dimostrare che l'accusato non abbia preso parte al reato o che reato non sia esistito? Quale più evidente interesse?

Ma la giustizia, si risponde, tende a raccogliere tutti gli elementi proprii ad appurare il vero; i tribunali debbono accogliere tutti i mezzi di prova che siano idonei a chiarire i fatti; tali mezzi non occorre che siano dedotti *con nuove azioni* e da *nuovi contraddittori*. Questo argomento avrebbe valore, senz'alcun dubbio, se si trattasse di un contraddittore privo d'interesse a stare in giudizio; ma tale non è il civilmente responsabile, e lo stesso Codice di procedura penale gli riconosce la qualità di legittimo contraddittore quando sia chiamato ad intervenire nel giudizio penale per sentirsi condannare al risarcimento del danno. Come mai non gli si riconosce tale qualità nell'ipotesi in cui volontariamente intervenga in quel giudizio? Egli si opporrà a che il magistrato penale tenga conto di tutte le prove e di tutti i mezzi di difesa? Ma ciò è antigiuridico di fronte ad una persona la quale abbia un legittimo interesse da far valere con tutti i mezzi di legge; e perchè privarla di giovarsi di tali mezzi? Sotto qualsiasi punto di vista, l'opinione che abbiamo criticata non si regge (1).

Dal modo com'è concepita la disposizione dell'articolo 549 p. p., a torto s'inferirebbe che nei casi in cui il responsabile civile sia chiamato nel giudizio penale a richiesta della parte civile, ciò abbia luogo nell'esclusivo interesse di quest'ultima. Ad escludere questa erronea interpretazione basterebbe il testo dell'art. 569 dello stesso Codice di proc. penale, che dispone poter essere le persone civilmente responsabili condannate al risarcimento dei danni non solo verso la parte civile, ma anche verso qualunque altro danneggiato, ancorchè non si fosse costituito parte civile (2).

---

(1) In senso contrario a tale opinione è stato giudicato dalla Corte d'appello di Firenze, 21 marzo 1883 (*Ann.*, 1883, 115) e da quella di Torino, 31 maggio 1895, 2, 166).

(2) Conf. Borsani e Casorati, § 2242, i quali scrittori però non tengono conto dell'argomento desunto dall'art. 569, che esclude qualsiasi dubbio.

Digitized by Google

10. La citazione del responsabile civile vien fatta nei modi e termini stabiliti dagli articoli 550 e segg. del Codice di proc. penale, e conforme agli articoli 20, 21, 22 e 26 del decreto 1° dicembre 1889, n. 6509, per l'attuazione del nuovo Codice penale.

L'azione contro le persone civilmente responsabili esercitata nel giudizio penale va soggetta alle vicissitudini dell'azione penale per ciò che si riferisce all'esperibilità dell'azione stessa. Anzitutto è necessario che l'azione penale fosse messa in moto contro l'autore del reato, senza di che il responsabile civile ben potrebbe opporre il difetto di giurisdizione nel giudizio penale ad interloquire sull'azione civile (1). Profittano le dette persone dell'amnistia applicata agl'imputati (2), e ciò per la ragione che in tal caso venendo meno la giurisdizione del giudice riguardo all'azione civile, come abbiamo anche noi ritenuto (3), non può sussistere riguardo al responsabile civile (4). Profittano ancora del proscioglimento per mancanza di discernimento (5), della morte degl'imputati non definitivamente giudicati (6), della loro assoluzione (7), anche per verdetto negativo dei giurati (8).

11. Però, le persone civilmente responsabili profittano degli eventi ai quali soggiace l'esercizio dell'azione penale, in quanto ad evitare la condanna al risarcimento nel giudizio penale istesso; ma l'azione civile rimane sempre integra,

---

(1) Borsani e Casorati, § 2247, e Cassaz. Firenze, 26 gennaio 1872, ivi citati.

(2) Brescia, 11 gennaio 1902 (*Daz. Cons.*, 1902, 39).

(3) V. cap. XIX, n. 14.

(4) Borsani e Casorati, § 2247.

(5) Cass. Roma, 12 maggio 1902 (*Cass. Un.*, XIII, 1335). Però il responsabile civile può essere condannato alle spese del giudizio. Cass. Roma, 13 agosto 1899 (*Filangieri*, 1900, 73).

(6) Cass. Roma, 31 maggio 1893 (*Legge*, 1893, 2, 200). È una conseguenza del principio dichiarato nell'art. 5 proc. pen.

(7) Cassaz. Roma, 23 dicembre 1904 (*Cass Un.*, IV, 246); Genova, 7 maggio 1894 (*T. Gen.*, 1894, 239).

(8) Cass. Roma, 20 marzo 1902 (*F. It.*, 1902, 2, 249).

Digitized by Google

tranne i casi in cui in sede civile potranno provare la inesistenza del fatto, ovvero che la persona per cui son chiamate a rispondere non abbia preso parte al reato, ovvero se possano distruggere le presunzioni di responsabilità che la legge stabilisce contro i civilmente responsabili, se il fatto dannoso riducasi ad un quasi delitto. Di conseguenza, sonvi dei casi in cui l'assoluzione dell'accusato giova al responsabile civile eliminando ogni responsabilità del medesimo, e sonvene altri in cui la responsabilità permane. Così, l'assoluzione per difetto di discernimento non fa venir meno la responsabilità civile del padre, della madre o del tutore o dell'institore (1), e quand'anche costoro fossero stati estranei al giudizio penale (2). Ed in generale, la sentenza di assoluzione dell'accusato non forma cosa giudicata contro la parte lesa non costituita parte civile (3).

12. In quanto alla prescrizione dell'azione penale, il civilmente responsabile non può avere altro interesse ad eccepirla se non per sottrarsi alla giurisdizione del magistrato penale, perchè l'azione civile nessun pregiudizio può risentire dall'estinzione dell'azione penale (art. 102 procedura penale).

13. Profitterà ancora il responsabile civile degli effetti della desistenza fatta senza riserva verso l'autore del reato? In altri termini, potrà esso invocare in proprio favore gli articoli 414 e 418 del Codice di proc. penale?

Rispondono affermativamente Borsani e Casorati (4) e Masucci (5); e noi facciamo omaggio a tale opinione. Si osserva che la desistenza dalla querela e la rinunzia all'esercizio dell'azione civile fatta incondizionatamente facciano presumere nel danneggiato il pensiero di un oblìo del reato e delle conseguenze dannose del medesimo; ed in difetto

---

(1) Roma, 20 febbraio 1904 (*Pal. Giust.*, 1904, 214).
(2) Roma, 20 febbraio 1903 (*F. Sardo*, 1904, 17).
(3) Firenze, 21 marzo 1883 (*Ann.*. 1883, 115).
(4) Op. cit., § 2247.
(5) V. n. 46 della monogr. nella *Riv. Pen.*, XIX.

Digitized by Google

di espressa riserva, tale presunzione debb'essere estesa anche al responsabile civile, il quale non è un fidejussore, ma un condebitore solidale coll'autore del reato, e rendesi quindi applicabile l'art. 1281 del Codice civile. Conseguentemente, se la desistenza fatta dal danneggiato è illimitata, anche il responsabile civile ha diritto di essere dichiarato sciolto da qualsiasi obbligazione pecuniaria derivante dal reato. In caso diverso, la sua eventuale responsabilità sussiste ancora; però detratta la parte che sarebbe stata a carico dell'imputato, il quale altrimenti non ricaverebbe verun beneficio dalla desistenza, per l'azione di regresso contro di lui esercitata dal condebitore solidale (1).

14. Esercitando l'azione civile innanti al giudice penale, dichiara l'art. 556 proc. pen. che tutti i benefizii della legge competenti agl'imputati od accusati, relativamente alle difese, sono comuni alle persone civilmente responsabili, per tutto ciò che riguarda il loro interesse civile. Di conseguenza, nei procedimenti per delitto che importano le pene di cui agli articoli 550 e 554 proc. pen., la parte civilmente responsabile sarà in qualunque stato di causa, sino al termine del dibattimento, sentita sul fatto e sulle sue circostanze (art. 553 Cod. civ.); il che implica che essa abbia il diritto di essere interrogata sui fatti della causa, e ciò sotto pena di nullità (2).

Se poi il responsabile civile comparisce durante l'istruzione, o venga citato ad istruzione compiuta, il che è legalmente possibile (3), gli si notificherà, se vi sia luogo, la sentenza di rinvio e l'atto d'accusa, come pure l'ordinanza che avrà prefisso il giorno dell'apertura del dibattimento, e la notificazione si farà nelle ventiquattro ore dalla data di essa ordinanza, a diligenza del procuratore generale nei procedimenti indicati dall'art. 553 proc. pen. (articolo cit. e art. 454). Nel caso di citazione diretta, nelle cause di cui

---

(1) Borsani e Casorati, loc. cit.

(2) Borsani e Casorati, § 2245 e Cass. Palermo, 17 agosto 1874 ivi cit.

(3) Firenze, 21 luglio 1886 (*F. It.*, 1886, 2, 413); Aquila, 3 agosto 1886 (*F. Abruzz.*, 1886, 144).

Digitized by Google

all'art. 545 proc. pen., il responsabile civile proporrà i suoi mezzi di difesa nei modi determinati per gl'imputati (articolo 554 cit.), e nei procedimenti per reati punibili coll'arresto per un tempo non superiore nel massimo ai cinque giorni e coll'ammenda non superiore nel massimo alle lire cinquanta, si osserveranno pel civilmente responsabile le disposizioni degli articoli 272, 336 e 341 proc. pen. (articoli 555 proc. pen. e 20 del decreto 1° dicembre 1889).

Nei casi in cui non sia legalmente possibile la condanna del civilmente responsabile nel giudizio penale, debb'essere convenuto in sede civile secondo le norme ordinarie di competenza (1).

15. Può avverso la sentenza di condanna il responsabile civile proporre quei gravami che possono essere proposti dagli accusati che subiscono condanna. Il gravame non può riferirsi se non all'interesse civile (art. 558 e 559 procedura penale). Se l'appello venga proposto insieme a quello dell'imputato, è regolarmente proposto colle forme del Codice di procedura penale (2). Anzi, l'appello dell'imputato giova al civilmente responsabile, in maniera che se avvenga la morte del primo durante il giudizio, ed il secondo venga citato e si presenti all'udienza, il magistrato di appello deve esaminare l'appello principale, e ciò pel motivo che la responsabilità civile non può scindersi da quella penale, della quale avrebbe dovuto rispondere l'accusato (3).

E quest'ultimo può essere assolto per mancanza di discernimento, p. es., derivante da ragione di età; in tal caso, se il padre sia condannato come civilmente responsabile, egli deve proporre appello con tale qualità e non nel nome del minorenne, e l'appello debb'essere proposto con le forme del Codice di procedura civile. Nel caso contrario, il magistrato penale che conoscesse della causa in sede d'appello, commetterebbe eccesso di potere (4). Se

(1) Milano, 27 agosto 1895 (*Mon. Trib.*, 1895, 796); Trani, 29 gennaio 1895 (*Riv. Tr.*, 1895, 759); Torino, 14 settembre 1899 (*La Giur.*, 1900, 73).

(2) Cass. Roma, 26 marzo 1900 (*F. It.*, 1900, 2, 193).

(3) Cass. Roma, 21 dicembre 1892 (*F. It.*, 1893, 2, 128).

(4) Cass. Roma, 16 giugno 1890 (*Ann.*, 1890, 169).

Digitized by Google

poi l'imputato sia assolto dal reato e condannato soltanto come responsabile civile, e nè la parte civile nè il pubblico ministero abbiano proposto gravame in sede di appello, non può discutersi sopra una responsabilità diversa da quella ritenuta in prima istanza; ne deriva che questa responsabilità venendo esclusa, venga meno la responsabilità civile (1).

16. Quale sarà il criterio per l'appellabilità della sentenza da parte delle persone civilmente responsabili? Sarà quello desunto dalla natura del reato o dalla pena o dall'ammontare dei danni?

L'art. 558 proc. penale dichiara che le parti civilmente responsabili potranno appellare, pel solo loro interesse civile, dalle sentenze dei tribunali e dei pretori, in tutti quei casi nei quali una tale facoltà è conceduta all'imputato. L'art. 572 dichiara che le sentenze portanti liquidazione di danni sono appellabili secondo le regole rispettivamente stabilite dagli articoli 353 e 399, e riguardo alla competenza, alla interposizione e citazione d'appello richiama all'articolo 370 dello stesso Codice. L'art. 353, parlando dell'appello dalle sentenze dei pretori, al n. 3° dichiara che possono appellare la parte civile e l'imputato per ciò che riguarda la somma dei danni, semprechè quella domandata ecceda le lire trenta; ed infine l'art. 399, n. 3°, parlando dell'appello dalle sentenze dei tribunali, dichiara al n° 3°, che il diritto di appellare compete alla parte civile ed all'imputato, per ciò che riguarda la somma dei danni, semprechè quella domandata ecceda le lire millecinquecento. Ciò posto, se l'imputato può appellare in base ai numeri 1° e 3° degli articoli 353 e 399, quale dei due criterii sarà applicabile al civilmente responsabile?

Borsani e Casorati (2), dopo di aver ricordato le contraddittorie decisioni della suprema Corte romana su tale questione, osservano che la posizione del responsabile civile

(1) Cass. Roma, 12 aprile 1890 (*F. It.*, 1890, 2, 205).
(2) Op. cit., vol. VII, § 2251.

Digitized by Google

è pareggiata a quella dell'imputato, come debitore solidale riguardo all'indennizzo preteso dal danneggiato. Ma questi diventa passibile dell'azione di risarcimento nel caso di assolutoria dell'imputato o di non farsi luogo a procedere, ed allora l'imputato è pareggiato alla parte civile per ciò che si riferisce al criterio dell'appellabilità della sentenza. « In altri termini, così ragionano i predetti scrittori, quando è la parte civile che chiede la condanna dell'imputato al risarcimento dei danni, il criterio per l'appellabilità della sentenza di condanna a suo riguardo proferita si desume dalla specie del reato o dalla pena, giusta il numero primo degli articoli 353 e 399; quando invece è l'imputato che chiede il risarcimento dalla parte civile in seguito a sentenza assolutoria o di non farsi luogo a procedimento, il criterio per l'appellabilità si desume dalla somma dei danni domandata, giusta il numero terzo dei succitati articoli. Ora la parificazione del responsabile civile all'imputato non è riferibile che alla prima di coteste posizioni, vale a dire alla posizione dell'imputato come *convenuto*, ossia come debitore solidale del danno recato dal reato, perchè è questa la condizione più comune del prevenuto nel procedimento penale. La posizione opposta, quella in cui sia l'imputato che, mutando quasi le veci colla parte civile, si faccia esso a chiedere l'indennizzo, costituisce per contro un evento eccezionale, che non potè certo essere l'ipotesi preveduta dal legislatore nell'accordare al responsabile civile, per quanto concerne l'appellabilità della sentenza, le stesse garanzie processuali degli imputati, pel principio che *quod semel aut bis accidit praetereunt legislatores.* Se adunque il criterio per l'appellabilità della sentenza da parte del responsabile civile deve desumersi dagli articoli 353 e 399; se il responsabile civile è parificato all'imputato per la qualità comune ad entrambi di debitori solidali dell'indennizzo preteso dalla parte civile, e non già come richiedenti essi l'indennizzo, il criterio deve trovarsi nel numero primo e non nel numero terzo dei detti articoli, cioè nella specie del reato o della pena e non nella somma dei danni domandata. Tal'è la conclusione alla quale arrivano i predetti scrittori, e che noi volentieri accogliamo.

Digitized by Google

17. Nessun dubbio che le persone civilmente responsabili abbiano il diritto di proporre ricorso in Cassazione avverso le sentenze dalle quali possano risentire pregiudizio. L'unicità del giudizio in cui svolgesi l'azione penale contro l'imputato e quella di risarcimento contro il responsabile civile; la definizione del giudizio con una sola sentenza (art. 557 proc. pen.); la partecipazione del responsabile civile ai benefizii di cui gode l'imputato — tutto ciò fa sì che a quello debb'essere riconosciuto il diritto di ricorrere in Cassazione. E si fa notare che su questo punto non s'è dubitato mai in giurisprudenza (1). Però si è ritenuto che, in seguito alla condanna dell'imputato, possa il pubblico ministero ricorrere in Cassazione contro il responsabile civile (2). Ciò si giustifica pel motivo che l'azione dello Stato per le spese di giustizia è solidale anche contro il responsabile civile.

18. L'azione di risarcimento di danno nei reati commessi per mezzo della stampa, va spiegata anzitutto contro l'autore dell'articolo ingiurioso o diffamatorio e contro il gerente responsabile (3), la cui complicità è presunta, senza che si richieda la prova del dolo (4); inoltre la detta azione può essere esercitata contro tutte quelle persone, le quali colla loro colpa siano concorse alla consumazione del fatto dannoso (5).

Responsabile civile è il direttore del giornale; ma la giurisprudenza non è stata concorde sul punto di sapere quando la detta responsabilità debba ritenersi. Ora si è giudicato che il direttore si presume essere a conoscenza degli articoli pubblicati nel giornale e quindi non occorra di provare chi sia l'autore dell'articolo (6); ora si è ritenuto

(1) Milano, 23 dicembre 1888 (*F. It.*, 1888, 1, 101); Napoli, 30 dicembre 1903 (*Trib Giud.*, 1903, 18); Roma, 22 ott. 1892 (*Giur. It.*, 1892, 306).

(2) Venezia, 7 dicembre 1888 (*Filangieri*, 1889, 104).

(3) V. Borsani e Casorati, § 2252.

(4) Cass. Roma, 6 giugno 1893 (*F. It.*, 1893, 2, 302); 17 novembre 1893 (*Ibid.*, 1894, 2, 93).

(5) Art. 47 legge sulla stampa.

(6) Cass. Roma, 19 marzo 1894 (*F. It.*, 1894, 2, 310); 13 ottobre 1900 (*Riv. Pen.*, LIII, 30).

Digitized by Google

che occorra la scienza dell'articolo incriminato, o almeno la ingerenza, il concorso di esso direttore (1). Una opinione intermedia sarebbe quest'essa, cioè, che, pur presumendosi che il direttore del giornale sia a conoscenza di quanto nel giornale medesimo venga pubblicato, tuttavia la responsabilità debba aver luogo quando, avendo potuto impedire la pubblicazione dell'articolo ingiurioso o diffamatorio, non l'abbia fatto, anche per negligenza o imprudenza (2).

Quest'ultima opinione parci più conforme ai principii. La presunzione assoluta della scienza del direttore non troverebbe appoggio in verun principio di diritto, nè risponderebbe agli ammaestramenti della quotidiana esperienza. È giusto quindi che, anche in omaggio al principio degli articoli 1151 e 1152 Cod. civ., il direttore del giornale possa essere ammesso a provare di non avere potuto impedire l'articolo contenente la ingiuria.

In quanto al proprietario del giornale, la responsabilità civile del medesimo deve andare retta dall'art. 1153 del Codice civile; egli risponde del fatto del direttore del giornale, del gerente e dell'autore dell'articolo incriminato, e ne risponde in solido (3), quantunque non avesse avuto conoscenza dello scritto ingiurioso o non ne abbia permessa la pubblicazione (4).

19. In quanto all'editore tipografo, secondo una giurisprudenza estremamente rigorosa, sarebbe sempre civilmente responsabile, pur non essendo in colpa, nè interessato nell'azienda del giornale (5). La scienza del medesimo si presumerebbe sempre (6), e sarebbe nullo qualunque patto tendente ad escludere la propria responsabilità civile (7).

---

(1) Cass. Torino, 18 maggio 1888 (*F. It.*, 1888, 2, 326).

(2) Torino, 11 dicembre 1888 (*La Giur.*, 1889, 167); Cassaz. Roma, 11 luglio 1892 (*Giur. It.*, 1892, 365).

(3) Milano, 1° agosto 1884 (*Mon. Trib.*, 1894 e 826).

(4) Cass. Torino, 30 dicembre 1884 (*Giur. It.*, 1885, 81).

(5) Brescia, 6 luglio 1889 (*Giur. It.*, 1890, 64); Roma, 22 ottobre 1892 (*Ibid.*, 1892, 306).

(6) Cass. Roma, 10 giugno 1898 (*Cass. Un.*, IX, 1095).

(7) Cass. Roma, 23 novembre 1889 (*Giur. It.*, 1890, 248).

Digitized by Google

Ma la stessa suprema Corte romana aveva deciso in senso contrario, respingendo il principio che il tipografo fosse responsabile per la sola pubblicazione dell'articolo diffamatorio (1); però con decisione 29 aprile 1901 (2), ritenne la responsabilità civile del tipografo in base al terzo capoverso dell'art. 1153 del Codice civile. La quale ultima decisione non armonizza punto con quella 9 maggio 1899 (3), che ritenne doversi indagare in ogni singolo caso se vi sia responsabilità a mente dell'art. 1152 del Codice civile, nè coll'altra 11 novembre 1897 (4), che ritenne la responsabilità del tipografo, salvo a questo di provare che la pubblicazione dell'articolo abbia avuto luogo malgrado ogni possibile diligenza. Non mancano decisioni che abbiano negato qualunque presunzione di responsabilità, ammettendo il danneggiato a provare che il tipografo fosse stato edotto della pubblicazione ingiuriosa, e ciò pel principio che l'articolo 5 della legge sulla stampa non può derogare ai principii generali sulla responsabilità civile (5). Talvolta è stata esclusa addirittura la responsabilità civile del tipografo (6), o limitata al caso in cui si dimostri l'ingerenza diretta nella pubblicazione del giornale, ovvero la negligenza nel permettere la pubblicazione di articoli ingiuriosi (7).

Parci che l'opinione più conforme ai principii sia quella che ritiene la responsabilità del tipografo nei soli casi di colpa.

20. L'azione di risarcimento contro le persone civilmente responsabili non può essere pregiudicata dal fatto che le

---

(1) Decis. 6 giugno 1892 (*Foro It.*, 1893, 2, 392).

(2) *Giur. Tor.*, 1901, 224.

(3) *F. It.*, 1899, 2, 325.

(4) *F. It.*, 1898, 2, 157.

(5) Brescia, 13 febbraio 1894 (*Giur. It.*, 1894, 141); Cassaz. Torino, 7 dicembre 1894 (*Ibid.*, 1895, 255); Macerata, 16 febbraio 1905 (*Corte d'Ancona*, 1905, 320).

(6) Lucca, 30 dicembre 1893 (*Riv. Pen.*, XXXIX, 172); Venezia, 3 settembre 1902 (*Temi*, 1902, 757); Torino, 25 luglio 1901 (*Giur. P. Tor.*, 1902, 100).

(7) Trani, 15 giugno 1900 (*F. Puglie*, 1900, 430).

Digitized by Google

medesime siano state convenute nel giudizio penale; l'azione suddetta può in seguito venire esercitata in sede civile, secondo le norme della procedura civile. Ma quale sarà l'efficacia del giudicato penale rispetto al responsabile civile?

Altrove ci occupiamo dell'efficacia dei giudicati penali nei giudizi civili. I fatti legalmente accertati e che giovarono di base alla pronunzia della condanna non possono essere rimessi in discussione in sede civile; nol possono quindi essere nemmeno dalle persone civilmente responsabili. È inammessibile quindi il principio ritenuto talvolta dalla giurisprudenza, cioè che non si possono invocare contro le persone anzidette le risultanze del giudizio penale e che in sede civile i fatti debbono essere provati *ex novo* (1), fino ad escludere l'esistenza del fatto delittuoso e l'imputabilità dell'accusato, nel fine di escludere la propria responsabilità civile (2).

Invece, crediamo sia da ritenersi che nessuna nuova indagine debba essere ammessa sull'esistenza del fatto doloso o colposo; solo può discutersi sulla relazione giuridica tra l'autore del danno ed il responsabile civile; in altri termini, su quella tale relazione di dipendenza, dalla quale sorge l'obbligo del risarcimento, giusta l'articolo 1153 Codice civile (3).

Ma se il responsabile civile non fosse stato chiamato nè dal pubblico ministero, nè dalla parte civile nel giudizio

---

(1) Casale, 28 maggio 1881 (*G. Cas.*, 1881, 175); 5 dicembre 1881 (*Ibid.*, 1881, 381); 8 luglio 1882 (*Ibid.*, 1882, 316); Cass. Torino, 14 febbraio 1883 (*La Giur.*, 1883, 359); 21 maggio 1892 (*Giur. It.*, 1892, 1008); 23 marzo 1892 (*Legge*, 1892, 2, 591); 7 luglio 1892 (*Giur. It.*, 1892, 1012); Torino, 13 febbraio 1893 (*La Giur.*, 1893, 220); Firenze, 19 settembre 1894 (*Ann.*, 1894, 324); Cassaz. Torino, 2 aprile 1894 (*Giur. It.*, 1894, 824); Roma, 24 aprile 1894 (*T. Rom.*, 1894, 218); Torino, 27 febbraio 1895 (*Giur. It.*, 1895, 338); Roma, 26 marzo 1904 (*Pal. Giust.*, 1904, 221).

(2) Torino, 6 marzo 1893 (*La Giur.*, 1893, 331); Milano, 17 agosto 1894 (*Mon. Mil.*, 1894, 429).

(3) Genova, 1° dicembre 1894 (*Giur.*, 1894, 622); Cassaz. Torino, 22 giugno 1894 (*F. It.*, 1894, 1, 889); Cass. Firenze, 9 luglio 1894 (*Legge*, 1894, 2, 620); Trani, 22 maggio 1900 (*T. Rom.*, 1900, 712); Milano, 16 giugno 1899 (*Mon. Trib.*, 1900, 15); 23 aprile 1902 (*Ibid.*, 1902, 388).

Digitized by Google

penale, essendo estraneo a tale giudizio. non può essere obbligato a pagare le spese del processo penale (1).

21. Se dal dibattimento risultasse che il convenuto come responsabile civile fosse stato l'autore o complice del reato, potrebbe conchiudersi contro il medesimo come penalmente responsabile?

Si risponde negativamente e con ragione pel riflesso che altrimenti ne verrebbero sconvolti i principii più elementari del rito penale. « Ripugna a questo, osservano Borsani e Casorati, che le azioni giudiziarie nello svolgersi e nello esaurirsi smarriscano o mutino radicalmente l'indole loro originaria, perocchè nascendo con ciò la confusione delle forme ond'esse sono regolate, è impedito il raggiungimento del fine a cui sono dirette. È invero fondamentale esigenza di buona giustizia penale che l'imputato abbia modo di apprestare e di far valere tutti i suoi mezzi difensivi. Ora, ciò non potrebbe accadere nel caso raffigurato. Ben vero che il responsabile civile ha gli stessi diritti e gode gli stessi beneficii dell'imputato. Ma come abbiamo veduto discorrendo dei varii mezzi difensivi del responsabile civile, frequentemente la difesa di questo non è comune a quella dell'imputato e talvolta anzi vi può essere conflitto. In breve, la posizione giuridica del responsabile civile è essenzialmente diversa da quella dell'imputato e la diversità delle posizioni giuridiche importa logicamente una diversità negli apprestamenti della difesa rispettiva. E ad ogni modo come potrebbe legittimarsi la condanna penale di un individuo chiamato in giudizio senza spiegare contro di lui l'atto di accusa se si tratta di crimine, o il capo di imputazione trattandosi di altri reati? Ben si potrà dunque avviare *ex novo* contro il supposto responsabile civile un procedimento penale con le forme dalla legge prescritte, ma giammai scambiare in unico giudizio due responsabilità così essenzialmente diverse nella loro origine e natura » (2). E chi fu chiamato come

(1) Cass. Napoli, 27 novembre 1886 (*F. It.*. 1887, 1, 332).

(2) Op. cit., § 2250. Conf. Cass. Torino, 15 ottobre 1874 e 8 gennaio 1875 ivi cit.

Digitized by Google

responsabile, diciamo colla suprema Corte romana (1), non può essere condannato come colpevole senza pregiudicare il suo diritto a difendersi.

22. A *fortiori* ne deriva che il correo non possa, in sede di appello, essere mutato in un responsabile civile. Così, contro l'imputato di correità in contrabbando, se assolto dal pretore per difetto di prova, non può il pubblico ministero proporre appello affinchè esso assolto fosse condannato come responsabile civile. « La natura del giudizio non può essere in appello mutata; del correo in primo grado si può fare in appello un complice, perchè la complicità è una attenuante della correità, ma di un correo assoluto in primo grado non si può fare un responsabile civile in appello, non concorrendo nessuna analogia e attenuazione tra la responsabilità penale e la civile » (2).

23. Ma la sentenza d'appello può essere pregiudizievole al responsabile civile, quand'anche contro di essa non fosse stato proposto appello dal pubblico ministero. Se, p. e., sul gravame di quest'ultimo il giudice di appello ritenga responsabile di lesione colui che era stato assolto dal primo giudice, può il genitore essere tenuto civilmente responsabile; e ciò per gli effetti che necessariamente sono insiti alla condanna penale (3).

24. Se le risultanze del dibattimento escludano la responsabilità penale dell'accusato, ma implicano la responsabilità civile di chi fu chiamato come civilmente responsabile, potrà quest'ultimo con tale qualità essere condannato al risarcimento del danno?

Ha risposto affermativamente la suprema Corte romana (4); ma, d'accordo coi commentatori del nostro

---

(1) Decis. 5 febbraio 1886 (*F. It.*, 1886, 2, 169).

(2) Cass. Roma, 22 ottobre 1888 (*F. It.*, 1889, 2, 97).

(3) Cass. Roma, 17 agosto 1895 (*Giust. Pen.*, 1895, 1123).

(4) Decisione 25 febbraio 1887 (*F. It.*, 1887, 2, 459); 13 giugno 1893 (*Ibid.*, 1893, 2, 464).

Digitized by Google

Codice di procedura penale, riteniamo che la soluzione debb'essere la stessa data per l'altra ipotesi che abbiamo contemplata. « Ultimato il processo con l'assoluzione dell'imputato, questi, come semplice responsabile civile, sfugge alla competenza del giudice penale, e non potrebbe essere giudicato che dal magistrato civile » (1).

25. Viene meno ancora la giurisdizione del giudice penale ad interloquire contro il responsabile civile quando venga esclusa la responsabilità penale dell'imputato, e ciò quand'anche l'azione civile fosse stata promossa contemporaneamente a quella penale. La responsabilità derivante dall'articolo 1152, osserva la suprema Corte romana (2), ha il suo fondamento nel fatto proprio e nella propria negligenza ed imprudenza anzichè nel fatto delle persone per le quali si è tenuto a rispondere civilmente. Di conseguenza, esclusa la responsabilità penale contro il civilmente responsabile, cessa l'eccezione della legge alla regola generale della competenza, ed ogni altra azione dipendente dal reato che possa competere al danneggiato contro colui che da esso si ritenga civilmente responsabile deve esercitarsi innanti il giudice civile secondo le norme della competenza ordinaria. E di conseguenza l'articolo 571 p. p. non può applicarsi contro il preteso responsabile civile. La Corte di appello di Roma (3) e quella di Trani (4) ritennero inapplicabile l'art. 571 al responsabile civile non chiamato nel giudizio penale; però riteniamo doversi dire lo stesso anche se il responsabile civile fosse stato chiamato nel detto giudizio; e ciò come conseguenza del principio che, venuta meno la responsabilità penale, cessa la giurisdizione del giudice penale riguardo al civilmente responsabile.

26. Conseguenza dell'anzidetto si è che se l'imputato venga ad essere prosciolto, non possa ammettersi che il

(1) Op. cit., § 2250.
(2) Decis. 12 aprile 1890 (*F. It.*, 1890, 2, 205).
(3) Decis. 14 ottobre 1901 (*T. Rom.*, 1902, 362).
(4) Decis. 15 marzo 1904 (*Riv. Trani*, 1904, 745).

Digitized by Google

pubblico ministero faccia ricorso in Cassazione contro il responsabile civile. La suprema Corte romana è stata di contrario avviso (1), ma a spese della logica che informa la decisione 12 aprile 1890 sopra citata.

L'ipotesi è diversa da quella in cui l'imputato fosse stato condannato, perchè in tal caso la giurisdizione penale si è esplicata, e mantener deve il successivo suo esplicamento anche per l'azione di risarcimento contro il responsabile civile.

CAPITOLO XIX.

ESERCIZIO DELL'AZIONE CIVILE DERIVANTE DA REATO. COMPETENZA.

1. *Norme del Codice di procedura penale riguardo all'esercizio della azione civile nascente da reato.*
2. *Principio proclamato dall'art. 7 proc. penale, per cui* electa una via non datur recursus ad alteram. *Ipotesi in cui pendente il giudizio civile si scoprano fatti costituenti reato.*
3. *Quando deve ritenersi intentato il giudizio civile.*
4. Quid *se il giudice civile si fosse dichiarato incompetente?*
5. *Continua. È necessario che il giudice abbia pronunciata la propria incompetenza?*
6. *L'azione penale e quella civile sono autonome. Conseguenza di questo principio.*
7. *Esercizio dell'azione civile innanti il giudice penale. Connessione tra la condanna penale ed il risarcimento del danno.*
8. *Quando la parte lesa non s'intende privata del diritto di istituire l'azione civile innanti il giudice penale.*
9. *Continua.*
10. *Continua.*
11. *Effetti della rinunzia alla querela nei reati di azione privata.*
12. *Del passaggio dalla giurisdizione penale a quella civile.*
13. *Continua.*
14. *Estinzione dell'azione penale. Ipotesi dell'amnistia.*
15. *Continua.*
16. Quid *se l'azione penale rimanga estinta per la morte dell'imputato.*

---

(1) Decis. 6 giugno 1893 (*F. It.*, 1893, 2, 392).

Digitized by Google

17. *Controversia a cui ha dato luogo l'art. 571 proc. pen., cioè se nel caso di assolutoria o di non farsi luogo a procedere il giudice penale conservi la giurisdizione sull'azione civile. Giurisprudenza per l'affermativa.*
18. *Critica del principio ritenuto dalla giurisprudenza predetta.*
19. *Continua.*
20. *Continua. Giurisprudenza oscillante della suprema Corte romana.*
21. *Continua.*
22. *Le Corti di Assise, assolvendo dal reato, non possono pronunziare sulla colpa dell'assolto.*
23. *La disposizione dell'art. 6 proc. pen. non può estendersi all'ipotesi in cui sia stato dal giudice penale escluso il reato.*
24. *L'azione civile rimane impregiudicata quando l'assoluzione abbia avuto luogo per difetto di prova.*
25. Quid *se nel giudizio penale fosse stata esclusa anche la colpa dell'accusato?*
26. *Continua.*
27. *Il verdetto assolutorio dei giurati non impedisce l'esercizio della azione civile.*
28. *Regola generale: ogni assoluzione che escluda il reato non implica esclusione di colpa che possa dar luogo a risarcimento di danno. Esempi.*
29. *Conseguenza della regola anzidetta riguardante la qualifica del fatto nel fine della responsabilità civile.*
30. *Continua. Reintegrazione in possesso dopo l'assoluzione dell'accusa di esercizio arbitrario delle proprie ragioni.*
31. *Continua. Ipotesi in cui la sentenza di assoluzione sia passata in giudicato.*
32. Quid *se l'assoluzione abbia avuto luogo per non imputabilità dello agente?*
33. Quid *se l'imputato fosse andato esente da pena per beneficio di legge?*
34. *Competenza del pretore, della sezione civile del tribunale o della Corte d'appello per l'azione civile. Indole della medesima.*
35. *Continua.*
36. *Ipotesi di condanna in grado d'appello.* Quid *se la sentenza di primo grado fosse stata modificata?*
37. Quid *nel caso di aumento di pena o di conferma della sentenza appellata?*
38. *Competenza del giudice d'appello desunta dall'art. 571 proc. pen.*
39. *Ipotesi in cui il giudice d'appello definisca diversamente il reato.*
40. *Ipotesi in cui l'imputato assolto dal reato sia stato condannato come responsabile civile.*
41. Quid *se il giudice di primo grado abbia concessa una provvisionale senza liquidazione definitiva?*
42. *Inappellabilità delle sentenze della sezione civile del tribunale in grado d'appello.*

Digitized by Google

43. Quid *se il giudice di primo grado abbia respinta la domanda di risarcimento e quello di secondo grado l'abbia ammessa?*
44. *Liquidazione che può esser fatta dal magistrato di rinvio. Forme da osservarsi.*
45. *La competenza speciale dell'art. 571 ha sempre luogo se il danneggiato non siasi costituito parte civile.*
46. Quid *se la parte civile sia condannata ai danni nel caso dell'articolo 265 proc. penale?*
47. Quid *per le sentenze della sezione d'accusa che condannino al risarcimento di danno?*
48. *Ricorso in Cassazione che può esser fatto dalla parte civile contro la sentenza che abbia liquidato i danni. Competenza della Cassazione territoriale.*
49. *Dell'appellabilità delle sentenze pronunziate in materia di liquidazione.*
50. *Continua. Ricorso in Cassazione.*
51. *Gravami che possono essere proposti dalle persone civilmente responsabili.*
52. *Ipotesi in cui devesi riconoscere alla parte civile il diritto di appellare dalla sentenza che pronunziò sui danni-interessi.*
53. *Continua, Entro quali limiti dev'essere compresa la facoltà anzidetta.*
54. *Motivi del gravame. Appello del pubblico ministero.*
55. *In che modo va applicato il disposto dell'art. 399, n. 3. proc. pen.*

1. L'azione di risarcimento di danno per causa di reato può essere sperimentata innanti lo stesso giudice penale e contemporaneamente all'esercizio dell'azione penale, salvo i casi espressamente preveduti dalla legge, ovvero separatamente innanti il giudice civile (art. 4 proc. pen.). La competenza attribuita al giudice penale si giustifica tenuto conto dell'economia dei giudizii; ma siccome è un benefizio che la legge concede al danneggiato, e ciascuno può rinunziare ai beneficî che la legge stabilisce in suo favore, così il danneggiato può preferire di esercitare l'azione di risarcimento in sede civile. Però, essendo il risarcimento la conseguenza del danno e questo risultando da un fatto che vuolsi costituisca reato, è logico esser necessario anzitutto che un tal fatto sia giudizialmente accertato e dichiarato in sede penale, e che sino a quando abbia avuto luogo la irrevocabile statuizione del giudice penale l'esercizio dell'azione civile rimanga sospeso. Tale principio è dichiarato nel capoverso dell'art. 4 proc. pen., il quale stabilisce che volendosi esercitare l'azione civile separatamente in

Digitized by Google

sede civile, debba l'azione suddetta rimanere sospesa finchè siasi pronunziato definitivamente sull'azione penale intentata prima dell'azione civile o durante l'esercizio di essa.

Ed in omaggio al principio anzidetto l'art. 7 dello stesso Codice stabilisce che nei casi in cui l'azione penale non possa esercitarsi che ad istanza della parte offesa, questa non possa promuovere il giudizio penale dopo scelta l'azione civile innanti il giudice competente; e se si tratti di reato di azione pubblica, la parte offesa che abbia intentato giudizio innanti il giudice civile per risarcimento dei danni non potrà più costituirsi parte civile nel giudizio penale. Ecco le norme generali con cui il nostro Codice di procedura penale disciplina l'esercizio dell'azione di risarcimento derivante da reato.

2. Tutte le controversie agitate nel diritto francese in ordine al passaggio dalla giurisdizione civile a quella penale vengono meno per effetto del disposto dell'articolo 7 proc. pen., il quale applica la massima che talvolta fu giudicata fin anco triviale (1), per cui *electa una via non datur recursus ad alteram.*

Ma, gli stessi scrittori francesi che ammettono il principio dell'impossibilità giuridica di convolare dalla giurisdizione civile a quella penale, fanno eccezione pel caso in cui, pendente il giudizio civile, vengano a scoprirsi fatti costituenti reato e che non potevano essere conosciuti (2). Sourdat, che accoglie l'eccezione, reca l'esempio di colui che in sede civile abbia proposto contro il suo mandatario domanda per restituzione di titolo; tale domanda non escluderebbe la costituzione di parte civile, producendo contro lo stesso mandatario querela per distruzione di documenti (3).

Borsari ha criticato la dottrina dei predetti scrittori come fondata sopra una condizione di cose che non è

(1) Merlin, *Quest. de droit.* V. *Option.*

(2) Mangin, op. cit., n. 36; Carnot, op. cit., sull'art. 3, n. 14; Hélie, op. cit., II, p. 67.

(3) Op. cit., n. 234. Lo stesso esempio è riprodotto da Borsani e Casorati, op. cit., § 136.

Digitized by Google

quella della legge. Se l'azione civile pel risarcimento del danno, egli dice, è conseguenza di un reato (art. 1° proc. pen.), non si comprende come l'attore abbia potuto ignorare l'esistenza del reato, mentre chiedeva appunto il risarcimento del danno causato dallo stesso reato. « Chiaro ancora si rileva che nel punto di vista di ogni altra domanda che non fosse quella del risarcimento del danno per causa di reato, la ipotesi sarebbe messa fuori dei termini della legge. Suppongasi una domanda civile qualunque; suppongasi pure che dei fatti ignorati vengano alla nostra conoscenza, dai quali risulti la esistenza d'un reato. Potremo noi querelare il reato, e, intentata l'azione penale dal Pubblico Ministero, portare la nostra azione civile avanti il magistrato penale? Ma, qual dubbio? La domanda che noi abbiamo fatta al giudice civile non era quella del risarcimento del danno per *causa di reato* perchè da noi s'ignorava l'esistenza di un reato; dunque siamo fuori dei termini dell'art. 4 » (1).

Della esattezza di questo ragionamento non crediamo possa dubitarsi, e riteniamo che nessuna eccezione, per la causale anzidetta, possa apportarsi alla regola stabilita nel capoverso dell'art. 7 del nostro Codice di procedura penale. L'esempio addotto dal Sourdat non calza punto. Una domanda contro il mandatario per restituzione di titoli è cosa ben diversa da una domanda di risarcimento di danno per la distruzione dei titoli medesimi. E delle due l'una: o il fatto è lo stesso, e si presume che l'offeso abbia dovuto conoscere che il fatto costituiva reato, su tale presunzione poggiando l'anzidetta norma giuridica — ovvero è un fatto diverso e la norma non è applicabile.

3. Borsani e Casorati domandano quando debba ritenersi intentato il giudizio innanti il giudice civile nel fine di poter invocare quanto dispone il capoverso dell'art. 7 proc. pen. e ritengono che non basti la sola citazione a tale effetto. La semplice citazione, essi dicono, contiene la domanda giudiziale, ma non incardina la causa alla giurisdi-

(1) *Az. pen.*, n. 152.

Digitized by Google

zione, non inizia il contraddittorio, non costituisce il contratto giudiziale; può dirsi quindi promosso, non istituito il giudizio. Occorre che la citazione sia seguìta dalla costituzione in causa di una almeno delle parti; o se sia stata disdetta prima della scadenza del termine, non sarà ostacolo all'intervento del danneggiato nella causa penale (1).

Respingiamo assolutamente cotale opinione, ritenendo che il giudizio deve considerarsi intentato coll'atto di citazione che contiene la domanda giudiziale (art. 37 proc. civ.) e col quale si effettua quella opzione che impedisce al danneggiato di potersi poscia costituire parte civile. Non importa che colla citazione non venga iniziato il contraddittorio; se l'attore si arresta alla sola notifica della medesima, il convenuto può sostituirsi ad esso e fare quanto occorra secondo le norme stabilite dalle leggi di rito. Qui si tratta soltanto di dover tenere conto di una scelta fatta, e la citazione manifesta in maniera certa l'intendimento del danneggiato di volere dar luogo al giudizio civile. E mentre i predetti scrittori (2) ritengono che la rinunzia agli atti del giudizio non sia più possibile, al fine dell'articolo 7 proc. pen., quando il giudizio sia incardinato nella maniera che essi pretendono, a noi pare che ciò debba aver luogo in seguito alla sola notifica della citazione (3).

4. *Quid* se il giudice civile si fosse dichiarato incompetente?

Si riconosce che in tal caso non possa invocarsi la regola *electa una via non datur recursus ad alteram;* e quindi l'offeso potersi costituire parte civile nel giudizio penale (4). Il nostro Borsari ne investiga la ragione osservando come talvolta la legge si contenti della sola citazione per indagare una data volontà, quand'anche la chiamata

(1) Op. cit., § 134.

(2) Loc. cit.

(3) Conf. Borsari, *Az. pen.*, n. 154, dove assai bene dimostra che basti la *citazione* per rivelare la volontà dell'offeso.

(4) Mangin, op. cit., n. 87; Sourdat, n. 235; Borsari, *Az. pen.*, n. 153 e seg.; Borsani e Casorati, op. cit., § 135; Giorgi, v. n. 226 — Cass. franc. 21 nov. 1825 (Dalloz, 26, 1, 49); 17 gennaio 1885 (*Sir.*, 1885, 283).

Digitized by Google

abbia luogo innanti a giudice incompetente, come per l'interruzione della prescrizione (art. 2125 Cod. civ.); ma non trova la ragione decisiva per cui, fatta la scelta, si possa disvolere ciò che si volle, profittando della incompetenza del giudice. Però conchiude così: « Si esaurisce una facoltà giudiziaria quando si esercita con effetto. Non vi è propriamente giudizio in sede competente, perchè non costituisce pendenza di lite, perchè da quell'albero non nascerà mai il frutto della cosa giudicata, perchè è l'urna delle Danaidi che nulla ritiene. Si fa opera vana, e dopo il giudizio si è nello stato di prima. L'uso dell'azione in un dato modo implica la rinunzia ad un modo diverso, ma deve essere formale, non intenzionale soltanto: deve essere con effetto. E questa è la sostanza e la giustificazione della teoria » (1). E parci che tale argomento sia convincente. La dichiaratoria d'incompetenza rimette le parti nella condizione in cui erano prima che fosse intentato il giudizio; ed affinchè la citazione produca qualche effetto giuridico occorre che una speciale disposizione di legge lo dica, come nel caso dell'interruzione della prescrizione.

5. Ma è necessario che il giudice abbia pronunziata la propria incompetenza?

Borsani e Casorati accolgono il principio ritenuto dalla Suprema Corte torinese (3 marzo 1866), per cui l'eccezione d'incompetenza può essere dal danneggiato dedotta innanti il giudice penale nel fine di escludere o rimuovere la eccezione di pendenza di lite. Il giudice dell'azione può pronunziare sopra tutte le eccezioni che vi si collegano; se fosse altrimenti, esso rimarrebbe esposto a doversi arrestare dinnanzi a qualsiasi anche infondata eccezione d'un imputato (2) — Siffatta opinione non parci accettabile, perchè non crediamo che la giurisdizione penale possa estendersi sino ad interloquire sopra controversie della cognizione delle quali sia stata già investita la giurisprudenza civile. Non parrebbe strano, p. es., che una Corte d'assise interloquisse

(1) Op. cit., n. 154.
(2) Op. cit., § 135.

Digitized by Google

sopra una quistione di competenza non peranco sollevata innanti il giudice civile? È vero che il giudice dell'azione può giudicare sopra le eccezioni che all'azione medesima si collegano; ma questa regola ha anch'essa le sue limitazioni. Orbene, quando un giudizio sia pendente innanti il giudice civile, a questo solo appartiene il decidere sulla propria competenza, e non mai ad un altro giudice; tanto meno poi al giudice penale, che ha una giurisdizione civile meramente eccezionale. Qui si tratta del funzionamento delle giurisdizioni, che non può essere alterato dai privati.

6. Si considera adunque l'azione civile come accessoria di quella penale e si attribuisce quindi giurisdizione al magistrato penale di pronunziare sulla medesima, semprechè la parte lesa non manifesti la intenzione di voler sottoporre l'azione di risarcimento al magistrato civile. Tenuto conto dell'indole e dell'entità dei reati di azione privata, s'interdice alla parte lesa il diritto di promuovere l'azione penale, quando abbia scelto di proporre l'azione civile in sede civile; tenuto conto poi di tale scelta nei reati di azione pubblica, s'interdice alla parte lesa di costituirsi parte civile nel giudizio penale. In guisa che, o si accetta il beneficio di legge, di ritenere cioè l'azione civile pedissequa a quella penale, colla conseguenza utile pel danneggiato o pei suoi eredi di risparmiare un apposito giudizio civile pel risarcimento del danno, ovvero non si accetta; in questo secondo caso devesi necessariamente fare omaggio al principio per cui *electa una via non datur recursus ad alteram.*

L'azione civile allora non s'immedesima con quella penale; rimane un'azione principale da sperimentarsi secondo le norme della competenza civile (1); le due azioni mantengono sempre la individualità propria, in maniera che, estinta quella penale, la civile si esercita in sede civile, secondo le regole generali di competenza e le speciali disposizioni della procedura penale (2).

---

(1) Cass. Torino, 17 febbraio 1877 (*Mon. Trib.*, 1877, 461).

(2) Lucca, 20 settembre 1881 (*Giur. It.*, 1882, 26); Cassaz. Roma, 18 marzo 1895 (*Gazz. Proc.*, 1895, 258).

Digitized by Google

7. Innanti il magistrato penale e nel tempo stesso dell'esercizio dell'azione penale può esercitarsi l'azione civile pel risarcimento, purchè tale azione sia connessa, sia una necessaria conseguenza del fatto che forma obbietto del giudizio penale (1). E la connessione tra la condanna penale ed il risarcimento del danno è talmente necessaria che la sentenza di condanna deve in ogni caso condannare l'autore del reato al risarcimento dei danni-interessi in pro della parte civile e verso qualunque altro danneggiato, ancorchè non si fosse costituito parte civile. Ciò dispone l'art. 56 proc. penale, e la giurisprudenza ha ritenuto che la predetta disposizione, malgrado il modo specioso com'è stata redatta, debba applicarsi anche alla parte lesa che non siasi costituita parte civile (2), indipendentemente da qualunque precedente convenzione tra l'accusato e la parte civile (3), purchè la sentenza penale non liquidi i danni-interessi (4). E se la condanna al risarcimento fosse stata omessa, ben può essere pronunziata dal magistrato di appello (5).

Il giudice penale s'intende investito dell'azione civile quando lo sia stato anche dell'azione penale. L'art. 4 proc. penale parla di esercizio dell'azione penale; si argomenta quindi con ragione che la esistenza di una denunzia o querela, ed anche la costituzione di parte civile non bastino allo scopo, perchè non sono azioni e non investono il giudice della cognizione del reato (6).

8. L'azione civile, come abbiamo veduto, può essere esercitata nello stesso giudizio penale, purchè la parte lesa

---

(1) Cass. Torino, 24 maggio 1878 (*Mon. Mil.*, 1878, 676).

(2) Cass. Firenze, 21 febbraio 1881 (*Riv. Pen.*, XIV, 73); Cass. Roma, 22 novembre 1889 (*C. S. Rom.*, 1889, 473); 1° aprile 1892 (*Cass. Un.*, 1892, 3, 996); Cass. Palermo, 30 novembre 1895 (*F. Sic.*, 1896, 75); Genova, 22 febbraio 1896 (*Giur.*, 1896, 403).

(3) Cass. Torino, 16 maggio 1888 (*G. P. Tor.*, 1883, 351).

(4) Cass. Torino, 7 gennaio 1882 (*F. It.*, 1882, 2, 87); 7 marzo 1883 (*G. P. Tor.*, 1883, 132).

(5) Cass. Roma, 19 febbraio 1881 (*F. It.*, 1881, 2, 75).

(6) Borsani e Casorati, § 125 e le decis. ivi cit.

Digitized by Google

non siasi pregiudicata coll' averla esercitata in separata sede civile; ma perchè tale pregiudizio possa risentire, occorre che abbia avuto luogo un vero e proprio esercizio di azione di risarcimento. Si comprende bene che ciò non abbia luogo quando il danneggiato, convenuto in giudizio, sia stato costretto a difendersi contro le domande dell'attore (1), impugnando per necessità di difesa il credito che voglia farsi valere nel giudizio esecutivo (2), senza far valere il diritto al risarcimento del danno, quand'anche chiesta la restituzione di somme indebitamente percepite (3), ovvero se abbia accettato una garantia dall'imputato pei danni in generale (4).

E parimenti resta impregiudicata la parte lesa se la istanza per risarcimento di danno sia caduta in perenzione, ovvero se il giudice adìto fosse stato incompetente per valore (5), se la parte lesa abbia provocato misure di conservazione a tutela del suo credito pel risarcimento (6), se abbia insinuato il suo credito nel passivo del fallimento (7), se sia intervenuta nel giudizio di distribuzione del prezzo di mobili giudizialmente venduti (8), se abbia fatto procedere a sequestro delle cose trafugate dal truffatore (9), se abbia fatto domanda per restituzione di cose rubate o sottratte, giusta l'art. 606 proc. penale (10).

E poichè l'azione civile può esercitarsi indipendentemente da quella penale, segue che il diritto al risarcimento non venga meno perchè alla querela non sia seguìta la costituzione di parte civile (11).

---

(1) Cass. Roma, 13 novembre 1897 (*Cass. Un.*, IX, 246); 23 febbraio 1889 (*Dir. e Giur.*, XV, 215).

(2) Cass. Roma, 7 gennaio 1895 (*Ann.*. 1895, 58).

(3) Cass. Roma, 22 dicembre 1897 (*C. S. Rom.*. 1897, 734).

(4) Cass. Roma, 15 giugno 1899 (*Legge*, 1900, 1, 243).

(5) Cass. Roma, 8 marzo 1897 (*F. It.*. 1897, 2, 283).

(6) Cass. Firenze, 8 giugno 1888 (*F. It.*. 1888, 2, 347); Cass. Roma, 7 gennaio 1903 (*Riv. Pen.*, 1903, 310); Trani, 18 dicembre 1903 (*Riv. Trani*, 1904, 486).

(7) Cass. Roma, 28 maggio 1892 (*Cass. Un.*, III, 949).

(8) Cass. Torino, 12 aprile 1880 (*F. It.*, 1880, 2, 286).

(9) Cass. Firenze, 24 marzo 1880 (*Filangieri*. 1880, 155).

(10) Cass. Firenze, 24 marzo 1880 sopra cit.

(11) Cass. Napoli, 24 marzo 1890 (*Dir. e Giur.*, XII, 17).

Digitized by Google

9. Può avvenire che la parte lesa abbia chiesto in sede civile il risarcimento del danno, non attribuendo però al fatto carattere delittuoso, ma tale venga poi qualificato il fatto per circostanze dopo conosciute. Si potrà in tal caso costituire parte civile nel giudizio penale e chiedere il risarcimento del danno? Ha risposto affermativamente la Corte di Genova (1), pel motivo che i danni derivati da reato siano ben diversi da quelli derivanti da quasi delitto; ma non possiamo approvare tale soluzione, sia perchè contraria al testo dell'art. 7 proc. pen., come ancora perchè la distinzione tra danno derivante da delitto e danno derivante da quasi delitto non può ammettersi, in qualunque modo commesso il danno, essendo sempre la stessa quantità e dovendo essere risarcito nella sua interezza.

10. Può avvenire altresì che azione di simulazione e frode sia stata esercitata relativamente alla vendita di un immobile con domanda di risarcimento di danno: poscia si agisca per truffa contro il compratore. Con ragione si nega che la predetta azione esperita in sede civile faccia sì che l'azione di risarcimento non si possa più esercitare nel giudizio penale (2). E non si può esercitare nemmeno dalla parte lesa, la quale prima di dar querela abbia liquidato i danni interessi coll'autore del reato (3).

La soluzione data dalla Corte romana nella detta ipotesi non è stata con ragione applicata anche a quella in cui la parte lesa, prima che fosse stata esercitata l'azione penale per reato di appropriazione indebita, abbia chiesto al magistrato civile la dichiarazione del proprio credito. Invece fu giudicato che la domanda anzidetta non precludeva l'adito a costituirsi parte civile nel giudizio penale (4), e con ragione, perchè la domanda anzidetta è cosa ben diversa da quella tendente ad ottenere il risarcimento del

---

(1) Decis. 29 dicembre 1896 (*T. Gen.*, 1897, 28).

(2) Cass. Roma, 24 marzo 1895 (*Trib. Giud.*, 1895, 388); Cass. Roma, 16 marzo 1897 (*F. It.*, 1897, 1, 226).

(3) Cass. Roma, 31 maggio 1890 (*F. It.*, 1891, 2, 287).

(4) Decis. 23 giugno 1890 (*Ann.*, 1890, 269).

Digitized by Google

danno cagionato al creditore dal reato d'indebita appropriazione. Che se p. e. il truffatore avesse chiesto in sede civile la restituzione delle somme coi relativi interessi, è chiaro che esaurita l'azione civile, non potrebbe farla valere più nel giudizio penale di truffa (1).

Nelle turbative di possesso all'azione principale suolsi accompagnare quella accessoria pei danni-interessi. Ora, tale domanda fa sì che nel giudizio penale che abbia luogo sui fatti medesimi i quali formarono obbietto del giudizio possessorio, non possa il danneggiato esercitare più l'azione civile (2).

11. Quali sono gli effetti della rinunzia alla querela?

Dispone l'art. 118 proc. pen. che chi abbia desistito da una querela non possa più rinnovarla e perde il diritto di esercitare l'azione civile quando nell'atto della desistenza non ne abbia fatta espressa riserva. Ciò ha luogo nei reati di azione privata, in cui la desistenza fa venir meno l'esercizio dell'azione penale (3), perchè può ben conciliarsi la rinunzia alla querela colla pretesa del risarcimento dei danni. Si può non volere la punizione del colpevole, pur intendendo di ripetere i danni-interessi dal medesimo, e quindi la desistenza non esclude il diritto di costituirsi parte civile (4), tranne nei reati di azione privata, quando la desistenza sia stata fatta senza riserva, il che implica rinunzia all'esercizio dell'azione di risarcimento (5). Che se abbia avuto luogo con riserva, l'azione civile deve essere sperimentata in sede civile, secondo le norme ordinarie di competenza (6).

---

(1) Messina, 7 luglio 1876 (*T. Zancl.*, 1876, 188).

(2) Cass. Roma, 7 aprile 1902 (*F. It.*, 1902, 2, 287).

(3) Cass. Roma, 18 novembre 1897 (*Giur. It.*, 1898, 1).

(4) Cass. Roma, 26 febbraio 1897 (*C. S. Rom.*, 1897, 111).

(5) Torino, 27 maggio 1899 (*G. P. Tor.*, 1899, 281). Tale effetto non è prodotto da una semplice dichiarazione giudiziale di non voler dare querela. Brescia, 24 maggio 1901 (*C. Brescia*, 1901, 223).

(6) Genova, 28 gennaio 1881 (*Eco Gen.*, 1881, 1, 104); Cass. Roma, 3 agosto 1905 (*F. It.*, 1905, 2, 475).

Digitized by Google

12. Resta ad esaminare l'ipotesi in cui l'offeso, dopo essersi costituito parte civile, intenda esercitare l'azione di risarcimento innanti il giudice civile, cioè il passaggio dalla giurisdizione penale a quella civile; sul quale punto gli scrittori francesi presentano le medesime divergenze che pel passaggio dalla giurisdizione civile a quella penale (1).

Noi non abbiamo un testo di legge, come l'art. 7 procedura penale, che abbia risoluta la questione, e da ciò potrebbe argomentarsi che non sia applicabile la regola *electa una via non datur recursus ad alteram.* Ma i patrii scrittori hanno ritenuta l'applicabilità della massima anzidetta anche all'ipotesi della quale ci occupiamo.

Borsari (2) nota anzitutto che nella specie non trattasi di semplice rinunzia, chè sotto questo punto di vista nessuna questione potrebbe sorgere; si rinunzia alla costituzione di parte civile sotto la condizione d'esperire innanti il giudice civile l'azione di risarcimento. Ed il predetto scrittore, che riassume i principii svolti dal Mangin, segue l'opinione dell'illustre procedurista francese, il quale, respinta la teoria del Merlin, fondata sull'interesse dell'offeso, nega che dal penale si possa convolare al civile, perchè oggidì il supposto interesse dell'imputato più non esiste, essendo la sorte del giudizio penale affidata al magistrato.

La ragione non pare molto convincente allo stesso Borsari; è buona, egli dice, ma non è tutto quello che si può dire. E facendo rilevare che trattasi di una rinunzia condizionata e che non occorra scandagliare da quale interesse possa essere spinto il danneggiato a sottrarre l'azione dal giudice penale, osserva che bisogna tener conto dei principii che regolano il diritto giudiziario e che la legge non dà l'azione due volte. « Nelle attinenze del diritto privato, l'uso d'una facoltà alternativa involve la privazione della facoltà non usata, nel doppio aspetto dell'interesse dell'obbligato e dell'ordine delle giurisdizioni. La quale dottrina si estende facilmente all'esperimento dei diritti giudiziarii, essendo la condizione giuridica acquisita

(1) V. Sourdat, n. 232, nota 1, 2, 3.
(2) *Az. pen.*, n. 156.

Digitized by Google

all'altra parte, e nel rispetto della pubblica ragione rappresentando uno stato di cose che, una volta stabilito, non può per volontà di privato immutarsi » (1). A dir vero non comprendiamo come, contemplando il Borsari la rinunzia condizionata, possa arrivare alla conseguenza che abbiamo riferito. Trattandosi di rinunzie pure e semplici, egli dice, niuna questione può esservi; ma altro è di una rinunzia interessata e adoperata come condizione di esercizio di un altro diritto. E sta bene. Ma come si concilia la soluzione da lui data col disposto dell'art. 114 del Codice di procedura penale? La revoca della costituzione di parte civile non pregiudica quando l'offeso avrà fatto espressa riserva pei danni; nel quale caso potrà farne la domanda in giudizio civile. Solo in difetto di riserva perde ogni diritto a tal riguardo oltre alle spese.

13. Ben s'intende che se propone domanda di risarcimento innanti il giudice civile, gli si potrà opporre l'art. 31 proc. pen., il quale articolo *a fortiori* deve essere applicabile alla ipotesi che trattiamo. Dunque, a che si riduce la questione? Ad un bel nulla; del che non si sono accorti taluni scrittori. Il Giorgi che difende la regola *electa una via*, ecc., per sostenere che non si possa convolare dal penale al civile, scrive: « Ritenuta per altro l'antica regola, è d'uopo notare che l'applicazione della medesima non avrebbe luogo quando il danneggiato avesse tempestivamente revocato la sua costituzione di parte civile con riserva esplicita di agire pei danni in via civile e salvo il rimborso delle spese all'imputato (art. 114 e 115 proc. pen.). Nemmeno avrebbe luogo quando il convenuto si fosse reso contumace alla citazione della parte civile; perchè se il fondamento della proibizione di passare dal penale al civile trovasi nella accettazione della giurisdizione penale, si richiede evidentemente l'accettazione di tutte e due le parti. Il convenuto non comparendo non accetta quella giurisdizione e non ha diritto a pretendere di rimanervi » (2).

(1) Op. cit., n. 157.
(2) Op. cit., V, n. 226. V. le decis. ivi citate.

Digitized by Google

Ed allora, domandiamo, dato che la revoca senza espressa riserva faccia perdere il diritto al risarcimento, in quale caso si renderebbe applicabile l'antica regola?

D'accordo col predetto scrittore, riteniamo che la costituzione di parte civile nello stadio istruttorio non chiuda l'adito alla giurisdizione civile, sia prima dell'esperimento del giudizio penale, sia quando non sia più possibile adire il giudice penale perchè dichiaratosi di non farsi luogo a procedere (1).

14. L'azione civile dovrebbe seguire, in quanto alla sua proponibilità nel giudizio penale, le sorti di questo. Così, estinta l'azione penale, dovrebbe cessare la giurisdizione civile del giudice penale; eppure, la giurisprudenza francese, di fronte a disposizioni del Codice d'istruzione criminale analoghe alle nostre, ha ritenuto, p. e., che l'amnistia sopravvenuta non tolga la potestà al giudice penale di pronunziare sui danni-interessi. Borsani e Casorati ricordando siffatta giurisprudenza osservano che essa confonde il diritto con la competenza (e potrebbe dirsi con la giurisdizione). « L'amnistia, essi dicono con ragione, toglie di mezzo la pena e lascia sussistere il delitto; ciò sta bene e spiega come, malgrado l'amnistia, rimanga ferma l'azione civile, ma non significa che essa sia definibile in sede penale. Noi ci arresteremo alla chiara disposizione dell'art. 4 del nostro Codice, conforme all'art. 3 del Codice d'istruzione criminale francese, non senza osservare che la stessa Cassazione di Francia ha più volte esplicitamente ammesso il principio che nelle giurisdizioni penali la competenza a conoscere dell'azione civile non è subordinata solamente all'esistenza del reato, ma più propriamente all'esercizio della pubblica azione » (2).

La patria giurisprudenza fu divergente su questo punto, avendo alcuni giudicati ritenuto che, malgrado l'amnistia, debba il giudice pronunziare sul risarcimento del

(1) Loc. cit.
(2) Op. cit., § 127.

Digitized by Google

danno (1); essa poscia si è andata affermando nel senso che, estinta l'azione penale, come nel caso dell'amnistia, cessi ogni giurisdizione del magistrato penale a pronunziare sul risarcimento del danno (2).

15. E se pronunziato abbia avuto luogo, vengon meno di diritto le condanne ai danni-interessi e la sentenza penale non gioverà nemmeno per la liquidazione dei danni, ma occorrerà un giudizio *ex novo* (3). Se l'amnistia venga dichiarata dalla Corte d'appello, fu ritenuto che la sezione penale della medesima resti competente a giudicare dei danni-interessi (4); ma ammesso il principio che l'amnistia

---

(1) Cass. Torino, 12 luglio 1877 (*Mon. Trib.*, 1887, 883); 21 dicembre 1877 (*F. It.*, 1878, 2, 122); Cass. Firenze, 30 agosto 1878 (*F. It.*, 1878, 2, 481); Cass. Torino, 27 aprile 1878 (*Riv. Pen.*, VIII, 404); Trani, 3 aprile 1879 (*Riv. Trani*, 1879, 330); Genova, 11 luglio 1879 (*Eco Gen.*, 1879, 1, 341); Cass. Firenze, 24 marzo 1880 (*Ann.*, 1880, 114).

(2) Cass. Napoli, 12 novembre 1880 (*Filangieri*, 1881, 37); Catania, 13 febbraio 1879 (*G. Cat.*, 1879, 114); Roma, 17 luglio 1879 (*Ann.*, 1879, 443); Cass. Napoli, 17 gennaio 1880 (*Legge*, 1880, 1, 474); Cass. Torino, 9 giugno 1880 (*Mon. Trib.*, 1880, 801); 7 luglio 1880 (*F. It.*, 1880, 2, 359); Cassaz. Firenze, 12 maggio 1882 (*Ibid.*, 1882, 2, 269); Cassaz. Roma, 15 luglio 1893 (*Legge*, 1893, 2, 234); Palermo, 1° maggio 1893 (*Circ. Giur.*, 1893, 60); Cass. Roma, 8 giugno 1893 (*F. It.*, 1893, 2, 365); 15 giugno 1893 (*Ibid.*, 1894, 2, 76); 9 dicembre 1893 (*C. S. Rom.*, 1893, 993); 20 febbraio 1894 (*Ibid.*, 1894, 85); 3 luglio 1894 (*Ibid.*, 1894, 476); 18 dicembre 1893 (*F. It.*, 1894, 2, 149); Cass. Roma, 28 gennaio 1897 (*Ibid.*, 1897, 2, 168); 24 marzo 1897 (*Cass. Un.*, VIII, 879); 23 agosto 1897 (*Ibid.*, IX, 12); Genova, 1° dicembre 1896 (*T. Gen.*, 1897, 87); Cass. Roma, 16 aprile 1896 (*Giur. It.*, 1896, 408); 19 luglio 1898 (*Cass. Un.*, X, 164); 25 novembre 1898 (*Ibid.*, 1898, 237); Trani, 24 gennaio 1898 (*Racc. Giur. Bar.*, 1898, 49); Cass. Roma, 21 maggio 1901 (*Cass. Un.*, XIII, 1083); Trani, 12 luglio 1901 (*F. Puglie*, 1901, 163); 1° dicembre 1900 (*F. Puglie*, 1901, 47); Cass. Roma, 4 giugno 1901 (*Giust. Pen.*, 1901, 868); 26 novembre 1901 (*F. It.*, 1902, 2, 25); 30 dicembre 1901 (*Ibid.*, 1902, 2, 120); Venezia, 10 marzo 1903 (*Temi*, 1903, 276); Cass. Roma, 24 ottobre 1904 (*Giur. It.*, 1906, 35).

(3) Cass. Roma, 9 dicembre 1898 (*Cass. Un.*, X, 300); Catania, 22 dicembre 1899 (*G. Cat.*, 1900, 13); Cass. Napoli, 15 dicembre 1900 (*Giur. It.*, 1901, 78); Cass. Roma, 27 febbraio 1904 (*Das. Cons.*, 1904, 119).

(4) Palermo, 20 settembre 1876 (*Circ. Giur.*, 1876, 350); Cass. Roma, 23 gennaio 1880 (*F. It.*, 1880, 2, 314); Cass. Firenze, 16 gennaio 1880 (*T. Ven.*, 1880, 424); Firenze, 7 febbraio 1880 (*Ann.*, 1880, 273).

Digitized by Google

faccia venir meno la giurisdizione del magistrato penale ad interloquire sull'azione civile, nessuna distinzione può farsi tra il giudizio di primo grado ed il giudizio di appello (1).

16. *Quid* se l'azione penale rimanga estinta per la morte dell'imputato?

Si osserva che appunto perchè il magistrato civile può giudicare dell'azione civile dopo la morte dell'imputato, così lo stesso magistrato deve avere potestà di constatare e qualificare il fatto che dà luogo alla riparazione civile; altrimenti la competenza resterebbe illusoria e l'azione civile non seguiterebbe a sussistere (2). Ma, venendo estinta l'azione penale, il magistrato penale non ha più giurisdizione sull'azione civile (3).

17. Come conseguenza del principio stabilito nell'art. 569 proc. pen. l'articolo 570 dello stesso Codice dichiara che nel caso di assolutoria o di dichiarazione che non si fa luogo a procedere, le sentenze dichiareranno tenute, ove occorra, la parte civile a risarcire i danni verso l'imputato od accusato, riservando inoltre a questi ultimi ogni azione che potesse loro competere, da esercitarsi avanti i giudici competenti. E su questa disposizione nessun dubbio può aver luogo. Invece il dubbio è sorto nell'applicazione dell'articolo 571 p. p., se cioè in base al medesimo, nel caso di assolutoria o di dichiarazione che non si faccia luogo a procedere, il giudice penale conservi la giurisdizione a pronunziare sull'azione civile derivante dal quasi delitto in favore della parte civile contro l'imputato prosciolto.

---

(1) Napoli, 7 agosto 1877 (*Gazz. Proc.*, XII, 438); Cassaz. Firenze, 16 aprile 1879 (*F. It.*, 1879, 2, 438); Roma, 17 luglio 1879 (*Riv. Pen.*, XII, 54); Venezia, 13 luglio 1880 (*T. Ven.*, 1880, 429); Genova, 31 dicembre 1895 (*T. Gen.*, 1896, 89); Palermo, 16 settembre 1895 (*F. Sic.*, 1895, 376); Cassaz. Palermo, 31 dicembre 1901 (*F. It.*, 1902, 1, 113); Venezia, 18 febbraio 1904 (*Temi*, 1904, 473).

(2) Le Sellyer, *Dei reati, delle pene*, ecc., n. 464. Il traduttore Giustiniani avverte che il magistrato civile, in tal caso, non può qualificare il fatto come reato, ma deve limitarsi a qualificarlo delitto civile. V. loc. cit., nota *a*.

(3) Le Sellyer, op. cit., n. 479.

Digitized by Google

Argomento per ritenere conservata la giurisdizione del magistrato penale si desume dagli articoli 1° e 4° p. p. e specialmente dall'articolo 4. Investito dalla cognizione dell'azione civile contemporoneamente a quella dell'azione penale, è illogico, si dice, che cessi la potestà d'interloquire sull'azione civile, sol perchè il fatto che affermavasi reato venga poscia qualificato come fatto colposo.

« Sarebbe strano ed ingiusto, osservava la suprema Corte torinese in una decisione 27 novembre 1879 (1), che la parte civile dopo di essersi per tale costituita nel giudizio penale, e dopo di aver fatto valere in questo le proprie ragioni, ne venisse in fin di causa licenziata, e si trovasse così costretta con grave suo disturbo e spesa, ad istituire un nuovo giudizio per ripetere in esso la dichiarazione già data nel primo del buon fondamento delle proprie ragioni, e ciò solo perchè il giudice penale, pur riconoscendo che l'imputato è autore del fatto ascrittogli o altrimenti vi ha preso parte, e pure ammettendo che il fatto ha potuto derivare da colpa, da negligenza o imprudenza dell'imputato stesso, ritenne però che tale fatto non costituisce reato, e dovesse perciò andare esente da pena. Or questa massima che il ricorrente vorrebbe far prevalere, oltre all'essere ingiusta, lesiva dei diritti acquisiti dalla parte civile nel suo regolare intervento nel giudizio penale, ed oltre all'essere contraria al principio che regola l'economia dei giudizii, costituirebbe poi ancora una evidente negazione di quell'altro principio che vuole che ogni altro giudizio abbia il suo termine là ove ebbe il suo legale cominciamento; e basta questa sola considerazione perchè debba la medesima senz'altro essere ripudiata ».

E con questi argomenti andò affermandosi la giurisprudenza con parecchi giudicati (2).

---

(1) *F. It.*, 1880, 2, 92.

(2) Cass. Torino, 7 luglio 1877 (*La Giur.*, 1878, 8); Venezia, 16 aprile 1876 (*F. It.*, 1876, 1, 1257); 12 gennaio 1877 (*T. Ven.*, 1877, 83); Cassazione Firenze, 16 aprile 1879 (*F. It.*, 1879, 2, 438); Cass. Torino, 30 gennaio 1880 (*Legge*, 1880, 1, 572); Cass. Napoli, 2 aprile 1880 (*Ann.*, 1880, 218); Cass. Torino, 3 marzo 1881 (*La Giur.*, 1881, 341); 26 gennaio 188 (*Legge*, 1881, 1, 501); Cass. Firenze, 11 maggio 1881 (*F. It.*, 1881, 2, 359) Cass. Torino, 14 giugno 1883 (*Riv. Pen.*, XIX, 81); Venezia, 23 marzo

Digitized by Google

18. Noi cominciamo dall'osservare che si abusa assai spesso di certe massime del diritto romano, invocandole per risolvere quistioni di diritto processuale che oggidì vanno trattate alla stregua di altri principii.

L'articolo 4 proc. penale stabilisce che l'azione civile si possa esercitare, di regola, innanti lo stesso giudice e contemporaneamente all'esercizio dell'azione penale; ma il predetto articolo deve mettersi in armonia coll'articolo 1° dello stesso Codice, dov'è proclamato il principio che ogni reato dà luogo ad un'azione penale e può anche dar luogo ad un'azione civile pel risarcimento del danno recato. Ogni reato: ecco un presupposto necessario, senza di che il magistrato penale non avrebbe mai giurisdizione a pronunziare sopra azione civile. Ma se il reato sia escluso e resti soltanto un fatto colposo che dia luogo a risarcimento di danno, come mai il giudice penale potrà conservare giurisdizione civile e pronunziare sull'indole del fatto colposo, sul grado di responsabilità, sull'entità del danno?

È strano ed ingiusto, si dice, il rimandare ad altro giudizio la parte civile dopo che essa erasi regolarmente costituita e farle ripetere la dimostrazione già data dal buon fondamento delle proprie ragioni. Quest'argomento è specioso; la parte civile presupponeva, come il Pubblico Ministero, l'esistenza di un reato; invece risultò trattarsi di un fatto colposo e non costituente reato — dunque nè l'una, nè l'altro avevano il buon fondamento del proprio assunto. La conseguenza è stata quella di avere distolto un cittadino dal magistrato che avrebbe avuto giurisdizione ad interloquire sopra un'azione personale di risarcimento di danno; il che è grave pel motivo che agevolmente comprendesi, cioè, che delle azioni civili giudica con maggior garanzia il magistrato civile. E perciò stesso l'imputato assolto perchè il fatto non costituisce reato, debb'essere in *integrum* resti-

---

1883 (*T. Ven.*, 1883, 190); Roma, 20 marzo 1884 (*T. Rom.*, 1884, 151); Catania, 5 novembre 1884 (*C. Cat.*, 1884, 186); Cass. Torino, 17 gennaio 1884 (*La Giur.*, 1884, 64); 23 gennaio 1884 (*Giur. It.*, 1884, 227); Cassazione Roma, 20 marzo 1888 (*F. Abruzz.*, 1888, 9); Cass. Torino, 6 dicembre 1888 (*F. It.*, 1889, 2, 73); 19 dicembre 1888 (*Ann.*, 1889, 58).

Digitized by Google

tuito per ciò che riferiscesi alla potestà che avrebbe dovuto conoscere dell'azione di risarcimento derivante dal quasi delitto.

La massima non è nè ingiusta, nè lesiva dei diritti quesiti dalla parte civile; il diritto quesito di quest'ultima non è fondato sull'intervento nel giudizio penale, che rappresenta l'esercizio di una facoltà fondata sul presupposto necessario che si tratti di reato. Se questo non sia mai esistito, inefficace rimaner deve l'azione esercitata dal Pubblico Ministero e tutto il giudizio penale; l'imputato rientrar deve nella condizione giuridica in cui si trovava prima dell'accusa — chè, sarebbe strano ed ingiusto davvero se ne rimanesse pregiudicato. Non è il caso d'invocare il principio dell'economia dei giudizii, nè l'altro per cui ogni giudizio debba terminare dove sia cominciato.

19. Ma, da banda ogni altro argomento, raffrontando l'articolo 571 p. p. a quello che lo precede, chiara risulta la interpretazione del primo. L'articolo 570 contempla il caso di assolutoria o di dichiarazione che non si fa luogo a procedere, e stabilisce che le sentenze le quali conterranno tali statuizioni dichiareranno ove occorra la parte civile tenuta al risarcimento del danno, ovvero riserveranno l'azione. L'articolo 571 aggiunge un'altra ipotesi a quella prevista dall'articolo 570, ed è l'ipotesi di condanna, cioè l'ipotesi in cui venga riconosciuta l'esistenza del reato e condannato l'accusato; nell'una e nell'altra, la sentenza del giudice penale ha potestà di liquidare il danno se il processo offre gli elementi necessari per determinarne l'ammontare. Ma non è prevista affatto l'ipotesi in cui l'imputato sia assolto per inesistenza di reato e resti soltanto un fatto colposo del quale l'assolto debba civilmente rispondere. Non si tratta di liquidare danni contro la parte civile nè contro l'imputato per effetto di condanna, la quale non si suppone; dunque l'ipotesi della quale ci occupiamo rimane estranea a quella contemplata dagli articoli 570 e 571 e vien meno ogni argomento che vorrebbesi trarre da queste disposizioni. Ed allora, in difetto di un testo di legge che attribuisca, nella nostra ipotesi, giurisdizione al magistrato penale in

Digitized by Google

materia civile, tale giurisdizione non può esistere, e l'azione di risarcimento contro l'assolto, fondata sul quasi delitto debb'essere sperimentata secondo le norme del Codice di procedura civile. Ed in questo senso si andò esplicando la giurisprudenza, specialmente in quest'ultimo periodo di tempo (1).

20. La Cassazione romana che sino al 1894 era stata costante nell'interpretazione dell'articolo 571 p. p., mutò avviso con decisione 5 dicembre 1895 (2). Avrebbe dovuto motivare quindi il suo pronunziato; invece si limitò a dire: « Se colui che fu riconosciuto autore dell'omicidio involontario fu dichiarato esente da pena, ciò non esclude la responsabilità civile pel risarcimento dei danni e interessi causati pel di lui fatto colposo. E poichè la dichiarata inesistenza del reato, da cui la detta responsabilità era originata, manteneva la giurisdizione del giudice penale, così questo anche in caso di detta assolutoria per esenzione da pena, aveva la facoltà di dare in tale responsabilità gli analoghi provvedimenti (art. 171 p. p.) ». Invero, è una motivazione abbastanza modesta!

Ma con decisione 21 novembre 1896 (3) ritenne l'interpretazione contraria, e giudicò che revocata la sentenza di condanna, intender si deve revocata anche qualsiasi condanna a danni-interessi. Con altra del 19 giugno 1896 (4) ritenne la nullità della sentenza che, assolvendo l'accusato per non provata reità, lo condannò al risarcimento dei danni

(1) Cass. Napoli, 4 agosto 1876 (*F. It.*, 1877, 2, 9); 30 agosto 1884 (*Filangieri*, 1884, 484); Torino, 5 dicembre 1883 (*La Giur.*, 1884, 143); Cass. Roma, 23 dicembre 1883 (*Legge*, 1884, 2, 28); Trani, 4 febbr. 1884 (*Gazz. Proc.*, XIX, 130); Cass. Roma, 4 febbraio 1887 (*F. It.*, 1887, 2, 337); 21 giugno 1890 (*Ibid.*, 1890, 2, 372); 10 agosto 1894 (*C. S. Rom.*, 1894, 668); 11 gennaio 1897 (*Giur. It.*, 1897, 125); Torino, 12 dicembre 1891 (*Ibid.*, 1892, 110); Milano, 11 luglio 1892 (*Mon. Trib.*, 1892, 598); Cass. Roma, 9 dicembre 1892 (*Legge*, 1893, 2, 200); 22 luglio 1895 (*Giurispr. It.*, 1895, 397); 30 aprile 1890 (*F. It.*, 1891, 2, 439); 30 gennaio 1891 (*Ibid.*, 1891, 1, 134); 27 febbraio 1893 (*Ibid.*, 1893, 2, 360).

(2) *F. It.*, 1896, 2, 137.

(3) V. *La Legge*, 1897, 1, 386.

(4) V. *Cass. Un.*, VII, 1096.

Digitized by Google

verso la parte civile. Indi ammise la permanenza della giurisdizione civile del magistrato penale con le decisioni 20 giugno 1899 (1), 10 aprile 1899 (2), 4 gennaio 1899 (3), 26 marzo 1900 (4) — e poi giudicò in senso contrario con decisioni 13 gennaio 1904 (5), 6 settembre 1904 (6), 28 settembre 1904 (7), 23 marzo 1905 (8).

21. Questo oscillamento continuo nella giurisprudenza del supremo collegio è veramente deplorevole; ed affermiamo senza esitare che nessun valore presentano gli argomenti in sostegno dell'opinione che riconosce persistente la giurisdizione civile nel magistrato penale, anche nel caso di assoluzione o proscioglimento dell'imputato per inesistenza di reato. Per esempio, nella decisione 20 gennaio 1899 si trae argomento dall'articolo 6 p. p. e si dice che tale articolo, oltre alle ipotesi ivi contemplate, « riconosce la perdurante efficacia dell'azione civile in ogni altra ipotesi, trattandosi soltanto di sapere se il magistrato conservi potestà di conoscere nell'atto stesso che si pronunzia sull'azione penale, nè possa sostenersi che, esclusa la colpa e la responsabilità penale si debba, per non cadere in contraddizione, escludere ogni colpa e responsabilità civile, che per le disposizioni medesime già richiamate dal Codice civile, siccome è troppo noto, sussiste e può sussistere indipendentemente da ogni carattere penalmente illecito del fatto ». Ma chi non vede come ogni argomento tratto dall'articolo 6 proc. pen. sia fuori di proposito, perchè l'articolo predetto riguarda la efficacia del giudicato penale rispetto all'esercibilità dell'azione civile? E la Corte continua dicendo: « Che non violi alcun principio di rito o alcuna disposizione di legge l'ammettere che il giudice penale, investito dalla giurisdizione penale e civile

(1) *F. It.*, 1899, 2, 192.
(2) *F. It.*, 1899, 2, 416.
(3) *Giur. It.*, 1899, 327.
(4) *P. It.*, 1900, 2, 193.
(5) *F. It.*, 1904, 1, 25, in caso di amnistia.
(6) *F. It.*, 1904, 2, 422.
(7) *F. It.*, 1904, 2, 501, in caso di mancanza di discernimento.
(8) *F. It.*, 1905, 2, 302.

Digitized by Google

per un medesimo fatto, perseguito in giudizio colla duplice azione, e giudicando cumulativamente su entrambe, o in prima istanza, o in istanza di appello, per il gravame di entrambe le parti attrici o di una soltanto che abbia virtù, come non si dubita, di tenere in vita l'una o l'altra azione, nello stesso tempo che proscioglie per la prima, condanni per la seconda. Che a ciò non ostino le disposizioni degli articoli 568 e 571, sia perchè è dubbio se l'articolo 568 si riferisca alle sole sentenze di condanna, sia perchè l'articolo 571 pur trattando soltanto della liquidazione dei danni, non distingue tra sentenza di proscioglimento o di condanna rispetto ad ogni parte in causa, sia perchè dette disposizioni *appariscono più di carattere rituale che di vero e proprio carattere giuridico* ».

Ma l'articolo 568 non parla che di sentenza di condanna; dunque presuppone l'esistenza del reato e non può applicarsi all'ipotesi di sentenze che non condannino. In quanto poi all'articolo 571, è ben chiaro il concetto che ci rivela; esso contempla l'ipotesi dell'articolo che lo precede, più quella di condanna. Non ha base quindi il rimprovero che la Corte fa al legislatore di non aver chiaramente determinato di quali sentenze avesse inteso parlare. Infine, non arriviamo a comprendere che significhi *apparire* gli articoli 168 e 171 più di *carattere rituale che di vero e proprio carattere giuridico*; il lettore supplirà alla deficienza del nostro intelletto!

22. Se, venendo esaurita la giurisdizione penale coll'assoluzione dell'accusato, non si può dallo stesso giudice penale interloquire sull'azione civile, conseguenza necessaria ne è che nemmeno possa interloquire sull'entità della colpa che può dar luogo a risarcimento giusta gli articoli 1151 e 1152 Cod. civ. Ora, siccome il verdetto negativo dei giurati non esclude l'azione di risarcimento di danno, così è stato giudicato che la Corte d'Assise possa interloquire sull'entità della colpa anche nei casi di assoluzione.

Così, escluso il ferimento colposo, può essere ammesso un grado lievissimo di colpa e dichiarare anche che sia stata compensata con quella dell'ucciso. Sarebbe questa

Digitized by Google

una eccezione al principio al quale abbiamo fatto omaggio, cioè dell'esaurimento della giurisdizione penale, che trae seco anche quello a pronunziare sull'azione civile? Nol crediamo; anche nel caso predetto la giurisdizione penale viene esaurita colla sentenza di assoluzione. E se malgrado tale sentenza può agirsi per risarcimento, questa non è ragione plausibile per ritenere che la Corte di Assise possa pronunziare sulla colpa dell'assolto e sul danno.

23. Dispone l'articolo 6 proc. pen. che la parte danneggiata od offesa non potrà più esercitare l'azione civile pei danni sofferti quando con sentenza divenuta irrevocabile si sarà dichiarato non farsi luogo a procedimento perchè constò non essere avvenuto il fatto che formò l'oggetto dell'imputazione, o l'imputato sarà stato assolto perchè risultò non aver egli commesso il reato, nè avervi preso parte. Tale disposizione va limitata alle ipotesi che contempla, in maniera che l'essere stato escluso il reato lascia impregiudicata l'azione civile pel risarcimento del danno cagionato dal quasi delitto. Su questo punto non può cader dubbio (1). « Se il prevenuto è dichiarato non autore del

(1) Cass. Torino, 4 marzo 1879 (*Giur. It.*, 1879, 746); 13 marzo 1879 (*F. It.*, 1879, 2, 475); Cass. Torino, 7 luglio 1880 (*Mon. Mil.*, 1880, 906); 6 giugno 1882 (*Cass. Tor.*, 6 giugno 1882, 2, 57); Milano, 3 ottobre 1885 (*Ibid.*, 1885, 1125); Casale, 1° maggio 1890 (*G. Cas.*, 1890, 261); Catania, 16 dicembre 1891 (*G. Cat.*, 1892, 209); Genova, 13 giugno 1892 (*G. Pen. Tor.*, 1892, 449); Torino, 29 febbraio 1892 (*La Giur.*, 1892, 444); Cassazione Torino, 5 febbraio 1892 (*Giur. It.*, 1892, 478); Cassaz. Firenze, 19 aprile 1894 (*Legge*, 1894, 2, 261); Genova, 11 dicembre 1894 (*T. Gen.*, 1895, 78); Cass. Torino, 21 novembre 1894 (*Giur. It.*, 1895, 814); Cassazione Napoli, 24 novembre 1894 (*Daz. Cons.*, 1895, 32); Cass. Torino, 27 maggio 1897 (*Giur. It.*, 1897, 770); Palermo, 25 luglio 1898 (*F. Sic.*, 1898, 612); Cass. Firenze, 6 dicembre 1897 (*Giur. It.*, 1898, 99); Venezia, 16 dicembre 1897 (*T. Ven.*, 1898, 50); Cass. Palermo, 20 maggio 1899 (*F. Sic.*, 1899, 404); Catania, 16 dicembre 1901 (*G. Cat.*, 1902, 6); Palermo, 17 marzo 1902 (*F. Sic.*, 1902, 211); Trani, 18 marzo 1902 (*F. Puglie*, 1902, 178); Cass. Palermo, 3 luglio 1903 (*F. Sic.*, 1903, 320); 14 maggio 1903 (*F. Sic.*, 1903, 193); Cass. Roma, 21 novembre 1903 (*F. It.*, 1903, 1, 1380); Bologna, 23 ottobre 1903 (*F. Bol.*, 1903, 172); Cassaz. Torino, 29 febbraio 1904 (*F. It.*, 1904, 1, 811); Cass. Napoli, 24 novembre 1904 (*Mov. Giur.*, 1904, 390); Milano, 11 novembre 1903 (*Mon. Mil.*, 1904, 107); Trani, 27 marzo 1904 (*Riv. Trani*, 1905, 55); Palermo, 4 giugno 1904 (*F. Sic.*, 1904, 394); Genova, 4 aprile 1905 (*T. Gen.*, 1905, 241). *Contra:* Genova, 27 dicembre 1904 (*T. Gen.*, 1905, 184).

Digitized by Google

fatto, così il Chironi, l'influenza della regiudicata s'intende perchè il *fatto in sè* è materia così dell'illecito penale come del civile; ma gli elementi della illiceità sono diversi secondo che sia penale oppure civile, e però sono diversi gli elementi che inducono la responsabilità. Quindi l'assoluzione per difetto di dolo o per concorso di circostanze speciali all'agente, non impedisce si possa in giudizio civile esaminare la condotta come illecita per colpa » (1).

24. Rimane quindi impregiudicata l'azione civile nei casi in cui l'assoluzione abbia avuto luogo per difetto di prove (2), quand'anche il giudice penale nulla avesse stabilito sulla istanza della parte civile (3). E quand'anche fosse stata fatta riserva per la responsabilità civile dell'assolto, ciò non toglierebbe che in sede civile la detta responsabilità dovesse

---

(1) *Colpa extr.*, n. 557.

(2) Cagliari, 8 ottobre 1881 (*Dir. e Giur.*. 1882, 157); Cass. Palermo, 7 settembre 1886 (*C. Giur.*, 1887, 44); 17 agosto 1887 (*F. It.*, 1886, 1, 1174); Torino, 21 gennaio 1887 (*Giur. It.*, 1887, 119); Milano, 25 luglio 1887 (*Legge*. 1887, 2, 812); Cass. Torino, 18 gennaio 1887 (*Giur. It.*, 1887, 316); Cass. Napoli, 4 febbraio 1887 (*Ibid.*. 1887, 532): Genova, 7 marzo 1887 (*Legge*, 1887, 2, 372); Cass. Firenze, 17 dicembre 1887 (*F. It.*, 1888, 2, 179); Firenze, 17 dicembre 1887 (*Ibid.*, 1888, 1, 40); Cassazione Torino, 13 marzo 1889 (*Legge*, 1889, 1, 734); Cassaz. Roma, 12 aprile 1890 (*F. It.*. 1890, 2, 155); Cass. Palermo, 30 dicembre 1891 (*Legge*, 1892, 2, 163); 16 febbraio 1893 (*Circ. Giur.*, 1893, 78); Palermo, 9 luglio 1894 (*Trib. Giud.*, 1894, 233); 19 febbraio 1894 (*Cass. Un.*, V, 606); Cass. Palermo, 19 luglio 1894 (*F. Sic.*, 1894, 210); Cass. Torino, 17 maggio 1894 (*Giur. It.*, 1894, 105); Cassaz. Roma, 10 luglio 1894 (*Mon. Bol.*, 1894, 210); Palermo, 27 aprile 1895 (*Giur. It.*, 1896, 36); Genova, 24 luglio 1897 (*Ibid.*, 1898, 15); Cass. Torino, 17 maggio 1897 (*Ibid.*, 1897, 770); Genova, 24 luglio 1897 (*La Giur.*, 1897, 488); Palermo, 25 luglio 1898 (*F. Sic.*, 1898, 612); Catania, 8 luglio 1898 (*F. Cat.*. 1898, 163); Genova, 30 agosto 1899 (*T. Gen.*, 1899, 593); Cass. Torino, 26 novembre 1898 (*F. It.*, 1899, 1, 96); Torino, 19 novembre 1901 (*G. P. Tor.*, 1902, 256); Catania, 14 marzo 1903 (*F. Cat.*, 1903, 90); Cassaz. Napoli, 5 novembre 1904 (*Mov. Giur.*, 1905, 161); Cass. Torino, 9 settembre 1904 (*F. It.*, 1905, 1, 47); Palermo, 12 luglio 1904 (*F. Sic.*, 1905, 593); 12 luglio 1905 (*Ibid.*, 1905, 504); Cass. Napoli, 1° luglio 1904 (*Riv. Giur. Soc.*, 1905, 22). *Contra:* Palermo, 18 marzo 1882 (*Circ. Giur.*, 1882, 196).

(3) Cass. Palermo, 30 dicembre 1891 (*Legge*, 1892, 2, 163).

Digitized by Google

essere accertata (1), articolando regolarmente i fatti dei quali si tratta (2).

È stato quindi giudicato con ragione che, assolto l'accusato di bancarotta semplice per difetto di prova, rimanga integra l'azione civile pel risarcimento del danno (3).

25. *Quid* se nel giudizio penale fosse stata esclusa anche la colpa dell'accusato?

Per verdetto di giurati viene assolto l'accusato di bancarotta fraudolenta, e per risposta data al quesito sulla colpa dell'accusato, viene esclusa perfino la colpa. La Corte di Genova ritenne che malgrado tale dichiarazione, il giudicato penale non possa invocarsi per esimersi dall'obbligo del risarcimento (4). L'indagine è quella stessa che riguarda l'efficacia del giudicato penale nel giudizio civile, e di conseguenza bisogna vedere in quali termini debb'essere circoscritta la dichiarazione dei giurati colla quale venne esclusa la colpa. Ora considerando attentamente siffatta dichiarazione, uopo è riconoscere che essa non possa essere tale che escluda qualsiasi colpa, anche quella aquiliana. E se noi abbiamo ritenuto che il verdetto negativo dei giurati non precluda l'adito all'azione civile se non nei casi in cui venga negata l'esistenza del fatto, ovvero che l'accusato non l'abbia commesso o non vi abbia preso parte, conseguenza logica si è che ad una declaratoria d'inesistenza di colpa fatta dai giurati non possa attribuirsi l'efficacia di escludere l'azione di risarcimento di danno; la quale azione può essere fondata anche sopra colpa lievissima. Infatti, la Cassazione torinese (5) ritenne che, riguardo all'accusa di bancarotta fraudolenta, avendo i giurati risposto negativamente al quesito contenente in termini amplissimi gli elementi della

(1) Cass. Palermo, 29 maggio 1900 (*Dir. e Giur.*, XVI, 299).

(2) Trani, 9 aprile 1900 (*Riv. Trani*, 1900, 498).

(3) Genova, 1° febbraio 1881 (*La Legge*, 1881, 1, 631); Cass. Torino, 3 luglio 1882 (*La Giur.*, 1882, 298); 13 luglio 1882 (*Cass. Tor.*, 1882, 2, 231); 16 febbraio 1882 (*Ibid.*, 1882, 2, 98); Casale, 25 marzo 1882 (*G. Cas.*, 1882, 172); Cass. Roma, 10 gennaio 1893 (*Giur. It.*, 1893, 248).

(4) Decis. 3 marzo 1882 (*Giur. It.*, 1882, 642).

(5) Decis. 13 luglio 1882 (*Cass. Tor.*, 1882, 2, 231).

Digitized by Google

bancarotta semplice, l'azione civile per danni derivati da colpa non ne venisse esclusa. Il che è logico, qualunque verdetto di giurati concernente la colpa dell'accusato non potendo essere che relativo al reato. In tema di bancarotta, p. es., non può estendersi che alla esclusione della bancarotta semplice. Ma potendo esistere una colpa che non arrivi sino a costituire il detto reato, e che naturalmente dia luogo a risarcimento di danno, segue che l'azione civile per tale risarcimento non possa venire esclusa dal verdetto negativo riguardante la colpa.

26. Invece, è stato giudicato che il giudice penale possa interloquire anche sul quasi delitto, escludendo qualsiasi responsabilità civile, nel qual caso sarebbe esclusa l'azione di risarcimento in sede civile (1). Ma noi abbiamo ritenuto che nell'ipotesi anzidetta non possa il giudice penale interloquire sul danno, venendo meno la giurisdizione a conoscere dell'azione civile; e, conseguentemente, crediamo che qualunque statuizione in ordine al danno non possa pregiudicare l'esercizio della relativa azione. Infatti bene è stato giudicato che nemmeno l'assoluzione dai reati previsti negli articoli 316 e 375 del Codice penale escluda l'azione di risarcimento di danno (2), perchè bisogna distinguere la colpa che dà luogo a reato da quella che può dar luogo al risarcimento e che può essere anche lievissima; l'aver ritenuto il contrario (3) è un manifesto errore.

27. E trattandosi di verdetto di giurati, non crediamo che occorra esaminare il verdetto per convincersi che l'assoluzione sia derivata da insufficienza d'indizi (4). Ciò non è possibile in una statuizione che non sia motivata; ed oggimai la giurisprudenza è costante nel ritenere che il verdetto assolutorio, fuori dei casi dell'art. 6 proc. pen., non impe-

---

(1) Cassaz. Torino, 5 luglio 1882 (*G. Pen. Tor.*, 1882, 339); Trani, 26 giugno 1903 (*Riv. Trani*, 1903, 786); 22 giugno 1903 (*Ibid.*, 1903, 522).
(2) Milano, 30 dicembre 1893 (*Giur. It.*, 1894, 344).
(3) Cass. Napoli, 19 dicembre 1891 (*Giur. It.*, 1892, 481).
(4) Venezia, 5 febbraio 1895 (*F. It.*, 1895, 1, 576).

Digitized by Google

disca l'esercizio dell'azione civile (1); la quale però deve esercitarsi secondo la competenza ordinaria, non potendo la Corte di Assise assolvere e nondimeno condannare al risarcimento del danno (2).

28. In generale, ogni assoluzione che esclude il reato non implica esclusione di ogni colpa che possa dar luogo a risarcimento. Così, venendo gli amministratori di una società assolti dal reato del quale erano imputati, ciò non toglie che contro i medesimi si possa sperimentare azione di risarcimento per cattiva gestione (3). Venendo taluno assolto dal reato di appropriazione indebita, rimane impregiudicata l'azione civile contro di lui per la illegale disposizione che abbia fatto o permesso che altri abbia fatto delle cose altrui (4). Lo stesso nel caso di assoluzione dal reato di furto (5), per la rivendicazione degli oggetti ed il risarcimento del danno (6). E di conseguenza, l'assolto nel giudizio penale risponde sempre della violazione del contratto o del quasi contratto (7); l'assolto da reato di falso giuramento risponde sempre dei danni cagionati dalla materiale falsità del giuramento medesimo (8); l'assolto per sottrazione di titolo creditorio con dolo risponde del danno in sede civile se non giustifichi il pagamento (9); l'assolto per truffa

---

(1) Genova, 1° febbraio 1881 (*Legge*, 1881, 1, 631); Cassaz. Torino, 3 settembre 1888 (*Giur. It.*, 1888, 604); Venezia, 19 agosto 1897 (*Ibid.*, 1898, 77): Cagliari, 9 novembre 1897 (*Proced.*, 1898, 20); Venezia, 19 agosto 1897 (*Cass. Un.*, IX, 661); Catania, 8 giugno 1900 (*G. Cat.*, 1900, 136); Milano, 21 novembre 1899 (*Mon. Trib.*, 1900, 152); 27 ottobre 1903 (*Ibid.*, 1904, 392); Cass. Palermo, 1905 (*C. Giur.*, 1905, 385); Cass. Roma, 16 febbraio 1905 (*F. It.*, 1905, 1, 544), quand'anche la parte civile, dopo il verdetto assolutorio, fosse rimasta silenziosa.

(2) Cass. Napoli, 27 marzo 1889 (*Giur. It.*, 1889, 230).

(3) Genova, 16 settembre 1884 (*Eco Gen.*, 1884, 326); 25 novembre 1887 (*Ibid.*, 1888, 1).

(4) Cass. Torino, 30 luglio 1880 (*La Giur.*, 1881, 113).

(5) Cass. Napoli, 8 febbraio 1884 (*Gazz. Proc.*, XIX, 150).

(6) Venezia, 5 febbraio 1895 (*F. It.*, 1895, 1, 576).

(7) Genova, 27 ottobre 1877 (*Eco Gen.*, 1877, 720).

(8) Casale, 28 aprile 1884 (*G. Cas.*, 1884, 139).

(9) Cass. Napoli, 3 dicembre 1894 (*Gazz. Proc.*, XXVI, 545).

Digitized by Google

risponde del danno verso chi l'abbia risentito (1), e così l'autore di lesioni personali involontarie (2). In questi ed analoghi casi rimane impregiudicata l'azione civile, purchè dal giudicato penale non fosse stata esclusa l'esistenza del fatto dannoso (3).

29. Ma non può ammettersi che il fatto stesso il quale abbia formato obbietto del giudizio penale, non possa, escluso il reato, formare obbietto del giudizio civile, sotto il punto di vista della responsabilità civile dello agente; ed è un errore quanto ritenne la suprema Corte torinese con decisione 16 febbraio 1894 (4), che non si possa sotto forma di eccezione far risorgere la controversia sopra un fatto per cui l'istruttoria penale abbia dichiarato non costituire reato. A questo modo si confonde la responsabilità penale con quella civile.

Però, nel fine che venga accolta l'azione di risarcimento, non basta allegare il fatto nei termini medesimi coi quali venne considerato nel giudizio penale dove non fu ritenuto reato. Occorre che si provi la colpa anche lievissima dell'autore del fatto; altrimenti si avrà un giudicato che nega, contrapposto ad un giudicato che afferma, il che non può ammettersi. Assolto un tale per legittima difesa, venne sperimentata contro il medesimo azione di risarcimento. « Allorquando il tribunale si limita, osservò la suprema Corte torinese, ad apprezzare gli stessi precisi fatti per cui fu esclusa ogni responsabilità penale, non può erigersi a censore di tale pronunzia, e non può, senza accennare ad altre circostanze di sorta per far luogo ad azione civile di responsabilità penale, ritenere questa come stabilita, solo con dire erronea ed insussitente la causa che avrebbe già servito ad escludere gli estremi del dolo o della colpa costitutivi del reato in discorso. In tal guisa si ebbe a conculcare la pronuncia emanata nella sede penale competente, con

(1) Cass. Firenze, 16 febbraio 1899 (*T. Ven.*, 1899, 185).
(2) Cass. Napoli, 21 gennaio 1899 (*F. Nap.*, 1899, 173).
(3) Cass. Palermo, 17 dicembre 1903 (*F. Sic.*, 1904, 55).
(4) *Giur. It.*, 1894, 430.

Digitized by Google

violazione degli articoli 1350 e 1351 Cod. civ., e d'altronde nulla essendosi aggiunto o variato alla condizione dei fatti per gli effetti civili, se mancarono detti estremi per la responsabilità penale, erano da ritenersi mancanti pure quelli della responsabilità civile, per non potersi a questa far luogo anche a senso dell'articolo 1151 Cod. civ., salvo pei fatti che siano la conseguenza di un delitto o quasi delitto, cioè del dolo o di una colpa » (1).

Ma ciò non esclude che le stesse prove addotte nel giudizio penale possano essere vagliate al fine della responsabilità civile, « discutendo le circostanze nelle quali il magistrato penale fondò i suoi apprezzamenti e proponendo nuovi mezzi per togliere efficacia a quelle prove e per dimostrare la erroneità di quegli apprezzamenti in quanto tendono ad escludere anche la colpa civile; il giudizio civile non è limitato alla sola indagine se dai fatti accertati dal magistrato penale possa desumersi la colpa civile » (2).

30. Talvolta l'azione di risarcimento può essere esercitata come conseguenza di un'azione d'indole civile poggiata sopra un fatto che formò anche obbietto del giudizio penale, ma che non presentò gli estremi del reato. Così, la reintegrazione in possesso può sperimentarsi contro colui che fosse stato assolto dal reato di ragione fattasi, perchè gli estremi di questo reato non corrispondono a quelli della reintegranda, per cui basta il fatto volontario dello spoglio violento o clandestino. « La sentenza che in sede penale, così la Suprema Corte romana, esclude il reato, non può costituire giudicato in ordine all'azione di spoglio, trattandosi di due azioni che non riposano sulla violazione dello stesso rapporto di diritto. Non avendo il giudice penale dichiarato non avvenuto il fatto che diede luogo alla querela di esercizio arbitrario, nè che il querelato non ne sia stato l'autore, ma dichiarato solamente che non aveva esso agito con dolo, l'esercizio dell'azione di reintegranda non incontra l'ostacolo della cosa giudicata ai sensi dell'articolo 6 proc.

(1) Decis. 28 dicembre 1892 (*F. It.*, 1893, 1, 601).
(2) Venezia, 26 aprile 1894 (*T. Ven.*, 1894, 310).

Digitized by Google

penale. L'affermazione della sentenza penale che gli atti compiuti dal querelato per esercizio arbitrario delle proprie ragioni non peccarono d'arbitrio e d'illegalità, va intesa nel senso che gli atti stessi non erano illegali rispetto all'accusa d'esercizio arbitrario, non esclude possano ritenersi tali nel rapporto dell'azione di reintegrazione giudicata dal giudice civile » (1).

31. Conseguenza dell'anzidetto si è che quand'anche la sentenza che assolve per inesistenza di reato passi in giudicato, l'azione civile pel risarcimento del danno derivante dal quasi delitto possa venire sempre esercitata (2). E se il giudice penale rinvia in sede civile pel risarcimento del danno, il relativo giudicato nessuna efficacia può avere nè sulla responsabilità dello agente, nè sulla misura del risarcimento, perchè nel giudizio civile occorre provare e la responsabilità e l'ammontare del danno (3).

Come abbiamo detto, l'articolo 6 proc. pen. dev'essere limitato alla sola ipotesi ivi contemplata, cioè quando con sentenza irrevocabile fosse stato dichiarato non essere avvenuto il fatto che formò oggetto dell'imputazione o che l'imputato fosse stato assolto per non aver commesso il reato o non avervi preso parte. Nè nella prima ipotesi (4), nè nella seconda (5) può venire più esercitata azione alcuna di risarcimento. E non occorre una speciale motivazione per escludere l'azione di risarcimento, perchè ciò è conseguenza necessaria della legge (6).

---

(1) Decis. 5 dicembre 1893 (*C. S. Rom.*, 1893, 2, 390).

(2) Genova, 13 marzo 1893 (*T. Gen.*, 1893, 296).

(3) Cass. Torino, 6 dicembre 1884 (*La Giur.*, 1885, 9).

(4) Cass. Roma, 21 gennaio 1886 (*Legge*, 1886, 2, 6); 11 aprile 1889 (*Cons. Com.*, 1889, 198); Milano, 20 aprile 1893 (*Mon. Trib.*, 1893, 398); Palermo, 2 agosto 1901 (*F. Sic.*, 1901, 560); Milano, 21 ottobre 1903 (*Giur. It.*, 1904, 80); Palermo, 15 maggio 1905 (*Circ. Giur.*, 1905, 238).

(5) Lucca, 10 luglio 1885 (*Ann.*, 1885, 296); Cass. Napoli, 1° luglio 1885 (*Gazz. Proc.*, XX, 419); Genova, 19 luglio 1889 (*Giur. It.*, 1889, 176); 17 maggio 1889 (*Ibid.*, 1889, 119); Cass. Torino, 16 marzo 1889 (*Legge*, 1889, 1, 734); Palermo, 9 novembre 1903 (*F. Sic.*, 1904, 95); Milano, 10 dicembre 1903 (*Mon. Trib.*, 1904, 107).

(6) Cass. Torino, 24 luglio 1878 (*Mon. Trib.*, 1878, 947).

Digitized by Google

32. *Quid* se l'assoluzione abbia avuto luogo per non imputabililà dello agente?

La Suprema Corte romana ha ritenuto che non si possa spiegare azione di risarcimento di danno (1); ma la Suprema Corte torinese che aveva ritenuta la stessa opinione (2), mutò avviso (3). Parci però che dalla irresponsabilità penale malamente si argomenti alla irresponsabilità civile, per la quale ultima basta anche la colpa lievissima. Soltanto crediamo non possa dubitarsi che nel caso di assoluzione per difetto di discernimento, possa il responsabile civile essere condannato al risarcimento, sia con la stessa sentenza penale (4), come ancora in sede civile.

E così rimaner deve impregiudicata l'azione civile nei casi in cui sia stato ritenuto l'eccesso nella legittima difesa (5).

33. Ma l'essere andato esente da pena l'imputato, per beneficio di legge, esclude la responsabilità civile?

Secondo la Corte di Catania (6), la predetta ipotesi andrebbe compresa nella espressione dell'articolo 6 p. p., *non avere egli commesso reato;* ma tale opinione è così assurda da non meritare l'onore di essere discussa.

Nella ipotesi prevista dalla prima parte dell'articolo 571 proc. pen., se il processo non offre elementi necessarii per determinare l'ammontare del danno, si procederà, giusta quanto dispone il primo capoverso dello stesso articolo, colle forme prescritte per la liquidazione dei danni dal Codice di procedura civile, avanti la sezione civile della Corte o del tribunale, od avanti il pretore, che pronunciarono la sentenza; in maniera che per applicare l'art. 571 è necessario che abbia avuto luogo l'assoluzione o la condanna generica della parte civile ai danni (7).

---

(1) Decis. 27 febbraio 1893 (*F. It.*, 1893, 2, 360); 5 novembre 1897 (*C. S. Rom.*, 1897, 894).

(2) Decis. 6 dicembre 1888 (*F. It.*, 1889, 2, 73).

(3) Decis. 8 agosto 1900 (*Legge*, 1900, 2, 731).

(4) Cass. Roma, 7 dicembre 1900 (*F. It.*, 1900, 2, 113).

(5) Casale, 18 dicembre 1894 (*Giur. Tor.*, 1895, 46).

(6) Decis. 25 agosto 1902 (*G. Cat.*, 1902, 174).

(7) Torino, 3 giugno 1897 (*Proced.*, 1897, 388); Trani, 14 luglio 1897 (*Gazz. Giud. It.*, 1897, 304).

Digitized by Google

Nulla di più illogico di quest'ultima disposizione, colla quale si arriva fin anco a privare del doppio grado di giurisdizione il responsabile del danno; ma *lex est*, e basta.

34. La competenza del pretore, della sezione civile del tribunale o della Corte, che pronunziarono la sentenza di condanna, è stabilita senz'alcun limite di valore (1). È competenza per ragione di materia, e quindi può la relativa eccezione venir sollevata anche d'ufficio (2); ed implica proroga di giurisdizione (3). Però presuppone che i danni non fossero stati soltanto liquidati nella sentenza di condanna, bastando quindi una condanna ai danni in genere (4). Che se nessuna statuizione fosse stata pronunziata sulla domanda della parte civile, in tal caso debbono essere osservate le regole della competenza ordinaria, secondo il Codice di proc. civile (5).

35. Procedendosi quindi alla liquidazione dei danni in base a giudicato penale, è competente il magistrato stesso che pronunziò la sentenza (6), con la sola differenza che l'azione deve esercitarsi innanti la sezione civile del tribunale o della Corte, cioè innanti le sezioni civili e non innanti a quelle che pronunziarono la sentenza, e che giudicherebbero come sezione civile (7). Ma trattandosi di tribunale composto di una sola sezione, in grado di appello, si presume

---

(1) Bologna, 15 dicembre 1888 (*Prat. Leg.*, III, 89); Palermo, 9 febbraio, 1894 (*F. Sic.*, 1894, 63).

(2) Casale, 21 agosto 1900 (*Giur. Tor.*, 1900, 1157).

(3) Milano, 18 dicembre 1888 (*Mon. Trib.*, 1889, 166).

(4) Genova, 22 ottobre 1886 (*F. It.*, 1887, 1, 103); 16 maggio 1902 (*T. Gen.*, 1902, 308); Venezia, 14 gennaio 1895 (*T. Ven.*, 1895, 98); Cassazione Firenze, 14 gennaio 1895 (*Giur. It.*, 1895, 120).

(5) Torino, 21 gennaio 1887 (*Giur. It.*, 1887, 119); Catanzaro, 22 ottobre 1888 (*Gazz. Proc.*, 1888, 594); Roma, 30 marzo 1895 (*T. Rom.*, 1895, 220); Cass. Napoli, 8 marzo 1897 (*Giur. It.*, 1897, 640); Genova, 21 dicembre 1900 (*T. Gen.*, 1901, 25); Trani, 10 aprile 1900 (*F. Puglie.* 1900, 211); Cass. Palermo, 7 dicembre 1901 (*Legge*, 1902, 1, 228); Catania, 20 marzo 1903 (*G. Cat.*, 1903, 186).

(6) Cass. Roma, 9 giugno 1892 (*Ann.*, 1892, 368).

(7) Venezia, 6 giugno 1889 (*T. Ven.*, 1889, 496).

Digitized by Google

essere stata adìta dalla parte civile in sede penale e non in sede civile (1).

Riguardo alle condanne pronunziate dalle Corti di assise la competenza per la liquidazione appartiene alla sezione civile della Corte di appello (2). E poichè la legge non distingue, non possiamo accogliere l'opinione per cui la liquidazione dei danni morali appartenga sempre alla giurisdizione civile (3).

È stato giudicato che la sezione civile della Corte, di cui parla l'articolo 571 p. p., sia quella dalla quale temporaneamente venga distaccato quel consigliere, il quale presiedette la Corte che pronunziò la sentenza penale (4). Ma non comprendiamo quale influenza possa esercitare la persona del presidente della Corte che pronunziò la condanna penale. Se più sezioni compongono quella civile, spetta al presidente della Corte di attribuire la causa a quella sezione che crederà, come di tutte le altre che vengono promosse in grado di appello. E lo stesso per le sezioni dei tribunali civili.

36. Se l'imputato assolto in prima istanza verrà condannato in sede di appello, competente per la liquidazione dei danni sarà il giudice di appello, cioè la sezione civile del tribunale o della Corte (5). Ma che dire se la sentenza di primo grado sia stata modificata in appello?

Da parecchie decisioni è stata ritenuta la competenza del giudice di primo grado, nonostante la modifica in grado di appello, purchè il titolo del reato fosse rimasto fermo (6);

---

(1) Cass. Torino, 16 gennaio 1889 (*G. P. Tor.*, 1889, 57).

(2) Genova, 27 gennaio 1890 (*Giur. It.*, 1890, 345).

(3) Roma, 12 marzo 1895 (*F. It.*, 1895, 1, 802).

(4) Genova, 2 luglio 1880 (*Eco Gen.*, 1880, 1, 370).

(5) Messina, 7 settembre 1893 (*Rif. Giur.*, 1894, 21); Venezia, 6 aprile 1899 (*Giur. It.*, 1899, 536); Messina, 1° luglio 1901 (*Rif. Giur.*, 1901, 245); Trani, 25 ottobre 1901 (*Dir. e Giur.*, XVII, 206).

(6) Genova, 30 novembre 1894 (*T. Gen.*, 1895, 72); 22 febbraio 1895, 148; Palermo, 31 dicembre 1894 (*Circ. Giur.*, 1895, 95); Cassaz. Roma, 13 febbraio 1904 (*F. It.*, 1904, 1, 479); Modena, 13 dicembre 1904 (*Ann.*, 1904, 463). — *Contra:* Napoli, 24 giugno 1904 (*Gazz. Proc.*, XXXIII, 51).

Digitized by Google

e non manca qualche decisione che ciò ritenga anche quando la sentenza venga riformata riguardo alla definizione del reato (1). Ma su questo punto la giurisprudenza presenta non poche divergenze.

37. Si nega la competenza del giudice di primo grado quando quello di secondo abbia aumentata la pena (2), e si afferma la competenza suddetta anche quando in appello fosse stata modificata la condanna (3). E si ritiene essere competente il magistrato di appello anche nell'ipotesi in cui abbia confermata la sentenza appellata (4).

Noi cominciamo dall'eliminare quest'ultima opinione, la quale è assolutamente erronea, perchè quando il giudice di appello conferma l'appellata sentenza, con ciò non fa che rimuovere l'ostacolo del gravame all'esecuzione della sentenza impugnata. È come in materia civile; il rigetto dell'appello si traduce nella rimozione dell'ostacolo all'esecuzione della sentenza. Ma la condanna, tanto in civile, quanto in penale, non è costituita che dalla sentenza dei primi giudici, e quindi la competenza sull'azione civile non può essere che del giudice di primo grado che pronunziò la sentenza di condanna (5).

Ed anche nel caso che i primi giudici abbiano assolto, se venga rigettato l'appello, non crediamo si possa ammettere che la liquidazione debba essere fatta dalla sezione

---

(1) Roma, 12 marzo 1895 (*F. It.*, 1895, 1, 802).

(2) Catanzaro, 11 dicembre 1903 (*Giostra*, 1904, 35).

(3) Palermo, 17 settembre 1904 (*F Sic.*, 1904, 593).

(4) Venezia, 16 aprile 1899 (*Giur. It.*, 1899, 536); Venezia, 6 aprile 1899 (*G. P. Tor.*, 1900, 44); Cass. Napoli, 16 luglio 1903 (*F. It.*, 1903, 1, 1406); Potenza, 29 aprile 1904 (*Riv. Prat.*, 1905, 127); Cassaz. Napoli, 21 marzo 1905 (*F. It.*, 1905, 1, 720); 19 agosto 1905 (*Dir. e Giur.*, XXI, 202).

(5) Roma, 30 dicembre 1882 (*Legge*, 1883, 2, 531); Bologna, 11 dicembre 1880 (*Riv. Bol.*, 1880, 225); Cass. Roma, 30 dicembre 1882 (*G. P. Tor.*, 1883, 419); Aquila, 24 maggio 1889 (*F. Abruzz.*, 1889, 164); Cass. Torino, 23 settembre 1903 (*F. It.*, 1904, 1, 53); Trani, 28 febbraio 1902 (*Rivista Trani*, 1902, 328); Potenza, 10 febbraio 1903 (*Riv. Prat.*, 1903, 491): Cass. Roma, 7 gennaio 1904 (*Giur. It.*, 1904, 664); Palermo, 26 dicembre 1904 (*F. Sic.*, 1905, 627); Catanzaro, 17 gennaio 1904 (*Giostra*, 1904, 17); Trani, 14 febbraio 1905 (*Riv. Trani*, 1905, 592).

Digitized by Google

civile del tribunale o della Corte, com'è stato giudicato (1). Manca qualsiasi legittimo motivo per attribuire la competenza al giudice di appello od a quello di primo grado. A questo perchè non condanna — a quello perchè coll'assoluzione dell'accusato, ha esaurita la propria competenza.

38. Adunque la competenza determinata dall'art. 571 proc. pen. ha per base la condanna penale, e questa potendo essere pronunziata dal magistrato d'appello, per qualunque ragione, sia perchè altra definizione data al titolo del reato, sia perchè riformata la sentenza appellata, ne deriva che la liquidazione debba essere fatta dal magistrato di appello nei casi predetti. Così, venendo escluso dal tribunale in grado di appello che il fatto costituisce delitto e ritenuto invece che costituisce contravvenzione e quindi diminuita la pena, tale riforma implica che la liquidazione dei danni debb'essere fatta innanti la sezione civile del tribunale (2). Ma la semplice riforma consistente nella riduzione della pena non farebbe venir meno la competenza del pretore (3).

39. Nell'ipotesi in cui il giudice d'appello definisca diversamente il reato, p. es., ritenendo la truffa anzichè il falso, si è ritenuto che la liquidazione spetti al primo giudice, il quale aveva condannato genericamente ai danni (4). Ma non possiamo accogliere tale opinione perchè ogni condanna al risarcimento del danno è collegata alla condanna penale, la quale condanna è conseguenza dell'avere ritenuto l'imputato quale autore del reato per cui la imputazione procedeva. Ora, venendo meno il titolo del reato, vien meno il nesso tra il reato medesimo e la condanna; questa non può trovare la sua causa efficiente se non nel nuovo titolo del reato ammesso dal magistrato

(1) Palermo, 27 luglio 1900 (*Circ. Giur.*, 1900, 281).
(2) Cass. Firenze, 22 febbraio 1892 (*Ann.*, 1892, 96).
(3) Cass. Firenze, 22 febbraio 1892 sopra cit. — *Contra:* Catanzaro, 3 dicembre 1903 (*Giostra*, 1903, 102).
(4) Genova, 27 marzo 1903 (*T. Gen.*, 1903, 212).

Digitized by Google

d'appello, e quindi la condanna al risarcimento del danno è conseguenza diretta non della condanna penale del primo giudice, ma della condanna pronunziata dal giudice di appello. Corollario di tutto ciò si è che innanti a questo giudice dev'essere fatta la liquidazione dei danni.

40. Può avvenire che l'imputato assolto sia invece condannato al risarcimento del danno come responsabile civile; in questo caso la liquidazione debb'essere fatta dalla sezione civile del tribunale o della Corte che siano competenti anche per la liquidazione delle spese giudiziali.

41. *Quid* se il giudice di primo grado abbia concessa una provvisionale senza liquidazione definitiva?

In tal caso la liquidazione debb'essere fatta dal giudice penale di primo grado (1). Se poi la liquidazione provvisoria sia revocata dal giudice d'appello e rimandate le parti a separato giudizio, la liquidazione dev'essere fatta dal giudice d'appello, dalla sezione civile del tribunale o della Corte, essendo stata esaurita la giurisdizione del giudice di primo grado (2).

42. E nei casi in cui la liquidazione venga fatta dalla sezione civile del tribunale, in grado d'appello, la relativa sentenza è inappellabile (3).

43. *Quid* se il giudice di primo grado abbia respinta la domanda di risarcimento e quello di secondo l'abbia ammessa?

Secondo la Corte d'appello di Genova (4), anche in tal caso la liquidazione apparterrebbe al primo giudice; ma questa opinione non può ritenersi in maniera assoluta, perchè tutto dipende dalla condanna penale. Se la sentenza di primo grado non venga modificata, rimane

(1) Cass. Roma, 12 marzo 1901 (*F. It.*, 1901, 2, 198).

(2) Trani, 3 aprile 1901 (*Riv. Trani*, 1901, 624).

(3) Bologna, 15 dicembre 1888 (*Prat. Leg.*, III, 89); Trani, 13 febbraio 1902 (*Riv. Trani*, 1902, 297); 27 marzo 1902 (*Cons. Com.*, 1902, 168).

(4) Decis. 18 marzo 1895 (*T. Gen.*, 1895, 208).

Digitized by Google

come sentenza di condanna, ed allora malgrado che la domanda di risarcimento fosse stata ammessa dal giudice d'appello, la liquidazione dev'essere fatta da quello di primo grado. Viceversa nell'opposta ipotesi.

La medesima soluzione crediamo sia a darsi nel caso in cui il giudice d'appello condanni a maggiori danni; non può ritenersi che sia sempre competente la sezione civile del tribunale o della Corte (1); tutto dovrà dipendere dalla condanna penale.

44. Il magistrato di rinvio può fare la liquidazione dei danni nel caso in cui potrebbe ciò fare il magistrato di appello; tranne però quando la prima sentenza avesse rimandato ad altra sede la liquidazione e la parte civile vi abbia fatto acquiescenza (2).

Quali forme verranno osservate nel giudizio di rinvio? Sarebbe applicabile la disposizione dell'articolo 370 procedura penale?

La negativa è stata ritenuta dalla Cassazione romana (3), secondo la quale nell'ipotesi predetta debbono osservarsi le forme penali e non quelle civili.

La Cassazione può ritenere l'inesistenza del reato ed annullare senza rinvio se non ci sia stato intervento di parte civile; nel caso contrario è stato giudicato che il rinvio debba farsi innanti il giudice civile ordinario e non innanti quello penale (4). Ma parci che il supremo collegio nulla debba statuire sull'azione civile, perchè se colla dichiaratoria d'inesistenza di reato vien meno la giurisdizione del giudice penale per l'azione civile, ne deriva che l'azione di risarcimento, se il fatto costituisca quasi delitto, debb'essere esercitata come ogni altra azione di risarcimento, secondo le regole di competenza del rito civile.

45. La competenza speciale della quale abbiamo parlato per la liquidazione dei danni presuppone che il dan-

(1) Catanzaro, 1° dicembre 1903 (*Giostra*, 1903, 101).
(2) Cass. Torino, 16 giugno 1886 (*G. P. Tor.*, 1886, 356).
(3) Decis. 17 luglio 1903 (*F. It.*, 1903, 2, 494).
(4) Cass. Napoli, 28 giugno 1884 (*Filangieri*, 1885, 277).

Digitized by Google

neggiato siasi costituito parte civile. Se ciò non abbia avuto luogo, si è detto, è da osservarsi la regola del rito civile, per cui *actor sequitur forum rei*, senza distinguere sull'autorità che abbia pronunziata la sentenza penale e quand'anche fosse una Corte d'assise (1); e lo stesso nel caso di assoluzione, se prima che termini il dibattimento sia revocata la costituzione di parte civile (2). Ma si ponga mente che la condanna al risarcimento del danno è conseguenza della condanna penale, e che l'art. 571 p. p. non fa alcuna distinzione; la conseguenza non può essere se non questa, cioè, che la competenza appartenga al giudice civile di prima istanza del luogo e del grado di quello che abbia pronunziata la sentenza (3). Il presupposto necessario invece è quello in cui la condanna ai danni abbia avuto luogo insieme alla condanna penale; nel caso diverso, si rientra nell'osservanza della competenza ordinaria per valore e per territorio (4).

Quanto abbiamo detto però non esclude che la condanna ai danni-interessi possa aver luogo colla sentenza penale in favore del danneggiato non costituitosi parte civile e per qualsiasi somma (5).

46. *Quid* se la parte civile sia condannata ai danni nel caso dell'art. 265 procedura penale? Anche in questo caso si è ritenuto che si debbano seguire le norme ordinarie di competenza per valore e per territorio (6).

E se i danni abbiano carattere continuativo, dopo la consumazione del reato, sarà sempre applicabile l'art. 571 proc. pen. (7).

47. *Quid* per le sentenze della sezione d'accusa che condannino a risarcimento di danno?

---

(1) Bologna, 28 marzo 1883 (*Riv. Bol.*, 1883, 237).

(2) Cagliari, 9 novembre 1897 (*Proced.*, 1898, 20).

(3) Cass. Napoli, 11 febbraio 1890 (*Gazz. Proc.*, 1890, 64); Napoli, 12 maggio 1890 (*Ibid.*, 1891, 534).

(4) Cass. Napoli, 21 luglio 1897 (*Legge*, 1897, 2, 444).

(5) Conf. Cass. Firenze, 1° maggio 1886 (*Giur. It.*, 1886, 311).

(6) Cass. Torino, 30 giugno 1886 (*Legge*, 1886, 2, 662).

(7) Cass. Napoli, 9 luglio 1895 (*Dir. e Giur.*, XI, 120).

Digitized by Google

È stata ritenuta l'inapplicabilità dell'art. 571 proc. pen.; e quindi l'applicazione delle regole della procedura civile (1).

Non sapremmo accogliere tale opinione, sia che si voglia ritenere compresa nelle disposizioni degli articoli 570 e 571 anche la sentenza della sezione d'accusa, come ancora ove ciò non vogliasi ammettere, per una stretta analogia tra le predette sentenze e quelle pronunziate in seguito a dibattimento.

48. Il magistrato civile d'appello pronunziando in linea civile sui danni, il ricorso contro la sua sentenza debb'essere fatto alla Cassazione territoriale e non a quella unica di Roma (2). La parte civile può ricorrere in Cassazione contro qualsiasi sentenza di ultima istanza che abbia leso il suo interesse, p. es., che abbia assolto il civilmente responsabile (3); ed anche avverso la sentenza della sezione d'accusa che abbia dichiarato non luogo a procedere contro il medesimo (4).

49. Dispone l'art. 572 proc. pen. che le sentenze dei tribunali e dei pretori portanti la liquidazione dei danni sono appellabili secondo le regole rispettivamente stabilite negli articoli 353 e 399; per ciò che riguarda la competenza, la interposizione e la citazione d'appello ed il modo di procedere in questi giudizii, si osserveranno le regole tracciate nell'art. 370. L'articolo 353 modificato dal decreto 1° dicembre 1889, n° 6109, dispone che possono appellare dalle sentenze proferite dai pretori la parte civile e l'imputato, per ciò che riguarda la somma dei danni, semprechè quella domandata ecceda le lire 30; e l'art. 399, modificato dallo stesso decreto del 1889, dispone al n° 3 che contro le sentenze dei tribunali penali la facoltà di appellare appartiene alla parte civile e all'imputato, per ciò che

(1) Palermo, 31 maggio 1902 (*F. Sic.*, 1902, 232).

(2) Cass. Roma, 20 agosto 1890 (*C. S. Rom.*, 1890, 469).

(3) Cass. Roma, 1° dicembre 1902 (*Cass. Un.*, XIV, 852); 5 dicembre 1902 (*Giust. Pen.*, 1903, 654).

(4) Cass. Firenze, 30 luglio 1881 (*T. Ven.*, 1881, 482).

Digitized by Google

riguarda la somma dei danni, semprechè quella domandata ecceda le lire 1500. L'appello è però ammessibile quand'anche la somma domandata pei danni fosse minore delle lire 1500, ogni qualvolta vi sia pure appello relativamente all'azione penale per parte del Pubblico Ministero o dell'imputato. Inoltre l'art. 370 dispone che se l'appello sia stato interposto soltanto dalla parte civile o dall'imputato pel solo suo interesse civile, si osserveranno per l'istruzione e pel giudizio le leggi sulla procedura civile (1), in via sommaria, ferme però quanto al modo ed al termine dell'interposizione d'appello le disposizioni del Codice di procedura penale. Il termine per la citazione d'appello decorrerà dal giorno della interposizione.

50. L'appello della parte civile o dell'imputato va proposto alla sezione penale del tribunale o della Corte. Fatto innanti la sezione civile sarebbe nullo (2). La citazione debb'essere fatta nel termine di 30 o di 60 giorni dalla interposizione d'appello (3). Questo può essere proposto dalla parte civile in qualunque ipotesi di assoluzione, di non farsi luogo a procedere, di rigetto, di aggiudicazione di minor somma (4), di condanna della parte civile ai danni (5), e malgrado l'acquiescenza del Pubblico Ministero (6). Il ricorso va fatto alla Cassazione unica di Roma in sede penale (7).

---

(1) Coll'intervento del Pubblico Ministero. Cass. Roma, 23 gennaio 1882 (*Legge*, 1882, 2, 478).

(2) Firenze, 28 aprile 1881 (*Legge*, 1881, 2, 314); Cass. Torino, 12 novembre 1878 (*Giur. It.*, 1879, 315); Cassaz. Roma, 23 gennaio 1882 (*Legge*, 1882, 2, 478).

(3) Modena, 1° ottobre 1876 (*Giorn. Trib. Mil.*, 1877, 1093); Cassaz. Torino, 31 luglio 1879 (*F. It.*, 1879, 2, 285); Casale, 6 maggio 1886 (*G. Cas.*, 1886, 200).

(4) Cass. Roma, 10 gennaio 1877 (*Legge*, 1877, 1, 526); Cass. Firenze, 17 dicembre 1887 (*F. It.*, 1888, 2, 179).

(5) Venezia, 19 ottobre 1886 (*T. Ven.*, 1886, 558).

(6) Cass. Torino, 26 luglio 1888 (*F. It.*, 1888, 2, 396). — *Contra:* Catania, 3 aprile 1888 (*F. Cat.*, 1888, 144).

(7) Cons. Cass. Torino, 20 aprile 1881 (*La Giur.*, 1881, 489), che aveva riconosciuta la competenza della Cassazione penale.

Digitized by Google

51. Quanto abbiamo detto è applicabile ai gravami delle persone civilmente responsabili (1).

52. La parte civile può appellare semprechè innanti il giudice di primo grado abbia chiesto i danni, quand'anche la domanda abbia avuto luogo in maniera generica (2). Può appellare altresì quand'anche avendo chiesto somma superiore alle lire 30, fosse stata invece condannata ai danni in favore dell'assolto (3).

L'assoluzione può aver luogo perchè il fatto non costituisce reato; in tal caso, se il Pubblico Ministero rimanga acquiescente, la parte civile non può proporre appello (4); e se proposto, dovrà *ex officio* essere rigettato (5). Ciò è conseguenza dell'esaurimento dell'azione penale, d'onde deriva l'impossibilità giuridica che il giudice penale possa interloquire sull'azione civile. Non manca qualche decisione in senso contrario (6); però essa si spiega colla opinione secondo la quale, anche nel caso di assoluzione per inesistenza di reato, resterebbe competente il giudice penale a pronunziare sui danni prodotti dal quasi delitto — opinione che abbiamo respinta.

Ma se la sentenza di condanna passerà in giudicato, la parte civile non potrà proporre appello se non per ciò che si riferisce all'ammontare dei danni.

« Anche ammesso, così la Corte bolognese, che al magistrato di appello sia lecito di entrare nel merito di una sentenza penale divenuta irrevocabile, al solo fine di trarne conseguenze civili, ciò potrà aver luogo quando si tratti di decidere sopra una domanda di danni dipendente da sentenza che, pur ritenendo esistente il fatto da cui si vuol

---

(1) Cass. Firenze, 29 agosto 1882 (*F. It.*, 1882, 2, 427); Cass. Torino, 14 ottobre 1882 (*Ann.*, 1883, 40).

(2) Trani, 5 marzo 1887 (*Riv. Trani*, 1887, 61); Cass. Roma, 6 maggio 1887 (*C. S. Rom.*, 1887, 311); Casale, 6 maggio 1887 (*G. Cas.*, 1887, 206).

(3) Cass. Roma, 30 marzo 1887 (*C. S. Rom.*, 1887, 900).

(4) Cass. Palermo, 21 giugno 1886 (*F. It.*, 1887, 2, 142).

(5) Brescia, 19 novembre 1876 (*F. It.*, 1877, 2, 48); Cassaz. Roma, 1° aprile 1886 (*Ibid.*, 1887, 2, 75).

(6) Milano, 19 novembre 1886 (*Mon. Trib.*, 1887, 119).

Digitized by Google

trarre la ragione dell'indennizzo, abbia giudicato non presentare essa i caratteri di reato o non aversi elementi per ritenere responsabile l'imputato; non mai quando si tratti di una domanda di danni il cui accoglimento non sia possibile se non con la dichiarazione di colpabilità dell'imputato che fu assolto o in favore del quale si dichiarò non esser luogo a procedere o perchè non avvenuto il fatto o perchè dall'imputato non fu commesso » (1).

53. In appello non può aver luogo costituzione di parte civile, nemmeno nel caso in cui il dibattimento fosse stato annullato (2). Non si possono nemmeno proporre nuove domande (3), nè pretendere che venga mutato il titolo del reato per trarne utili conseguenze ai fini del risarcimento del danno (4). Appellatosi dalla parte civile pei soli danni, ogni indagine sulla reità dell'assolto debb'essere interdetta innanti il giudice civile, il quale non può interloquire se non sulle conseguenze dannose del fatto (5).

54. I motivi del gravame non occorre che siano presentati in cancelleria dopo la dichiarazione di appello; essi sono contenuti nella citazione d'appello (6). Questa non può risentire pregiudizio dall'appello che possa, per gli effetti penali, venire interposto dal Pubblico Ministero, nè dalla consecutiva statuizione del magistrato penale, se la parte civile non fosse intervenuta perchè non citata regolarmente (7).

55. La disposizione dell'articolo 399 n. 3 proc. pen. si applica quando la parte civile appelli pei danni. La Corte è competente se la somma domandata superi le lire millecinquecento. Si parla di *somma domandata*, il che, come

---

(1) Decis. 13 aprile 1887 (*Riv. Bol.*, 1887, 341).
(2) Cass. Roma, 23 novembre 1897 (*Cass. Un.*, IX, 463).
(3) Torino, 27 maggio 1899 (*G. P. Tor.*, 1899, 291).
(4) Cass. Torino, 22 dicembre 1886 (*G. P. Tor.*, 1887, 12).
(5) Cass. Torino, 16 gennaio 1889 (*G. P. Tor.*, 1889, 57).
(6) Cass. Torino, 27 aprile 1887 (*Riv. Pen.*, XXV, 529).
(7) Cass. Torino, 27 aprile 1887 sopra cit.

Digitized by Google

nota la Corte d'appello torinese (1), « presuppone una domanda formale ed esplicita, indicativa della somma dei danni od avente per lo meno gli elementi necessari per una valutazione pecuniaria di cui possano e debbano essere suscettibili i danni nascenti dal reato e verificati prima del giudizio, non entrando di regola in calcolo quelli posteriori ed eventuali, poichè in caso diverso sarebbe illusoria la condizione fissata dalla legge per determinare l'appellabilità, e resterebbe sempre in arbitrio della parte civile l'eluderla, o coll'astenersi in primo grado da domanda qualunque di danni non verificati o verificabili in definitivo, in somma minima ». La Corte ritenne quindi applicabile l'articolo 80 proc. civile; ma ritenne altresì che l'impugnazione del valore debb'essere fatta nel momento in cui si sperimenta il mezzo dell'appello disgiuntamente dall'azione penale rimasta estinta per sentenza assolutoria o di non farsi luogo a procedimento.

CAPITOLO XX.

SOSPENSIONE DEL GIUDIZIO PENALE E SOSPENSIONE DEL GIUDIZIO CIVILE.

(Articoli 33 e 31 Codice proc. penale).

1. *Il rinvio di cui all'art. 33 proc. penale è facoltativo.*
2. *Può aver luogo anche in appello. Regole che debbono essere osservate dal giudice penale e da quello di rinvio.*
3. *Gravami di cui è suscettiva la sentenza di rinvio. Requisiti che deve contenere la sentenza quando il rinvio venga ammesso.*
4. *L'art. 33 proc. penale deve applicarsi anche se si tratti di eccezioni di possesso.*
5. *Ed anche se si tratti di cose mobili.*
6. *Indagine che dev'essere fatta dal giudice penale nel fine di ordinare il rinvio.*
7. *Del termine che viene stabilito per l'esaurimento del giudizio civile.*
8. *Domande ed eccezioni che le parti possono proporre in sede civile.*
9. *Il giudizio civile non vien meno malgrado l'estinzione dell'azione penale.*

---

(1) Decis. 27 gennaio 1887 (*F. It.*, 1877, 1, 188).

Digitized by Google

10. Sospensione del giudizio civile giusta l'art. 31 proc. penale.
11. La sospensione è, di regola, facoltativa.
12. Non può aver luogo nei casi di solo delitto civile o quando l'azione civile non abbia dipendenza dal fatto che costituisce reato.
13. Ipotesi in cui non occorra di sospendere il giudizio civile.

1. Abbiamo veduto come secondo il sistema della nostra legge il magistrato penale abbia giurisdizione per interloquire su controversie d'indole civile. Per l'articolo 848 proc. pen. si può fare innanti il giudice penale la prova di contratti e della validità dei medesimi; per l'articolo 33 dello stesso Codice è data facoltà allo stesso giudice penale di giudicare della influenza che talune eccezioni di diritto civile possono avere nel giudizio penale. Infatti il detto articolo 33 dispone che ove contro l'azione penale si proponessero eccezioni di diritto civile concernenti la proprietà o altro diritto reale, le quali se sussistessero, escluderebbero il reato, il giudice trovando in esse qualche apparenza di fondamento potrà sospendere il giudizio e rimettere la cognizione del merito delle dette eccezioni al giudice competente, fissando un termine all'imputato per procurarne la risoluzione.

Sorge dalla lettera stessa della legge, ed infatti non se ne dubita, essere facoltativo il rinvio di cui parla la predetta disposizione del Codice di procedura penale e quindi il non aver rinviato non può dar luogo a censura (1).

2. Il giudice di appello può accogliere l'eccezione di sospensione, perchè anche in grado di appello può sentirsene il bisogno (2), ed è un errore quello della suprema Corte siciliana (3) di aver ritenuto essere l'eccezione tardiva.

---

(1) Cass. Torino, 25 giugno 1880 (*Mon. Trib.*, 1880, 854); 19 gennaio 1881 (*Ann.*, 1881, 39); 18 maggio 1881 (*Giur. It.*, 1881, 323); 19 maggio 1882 (*G. P. Tor.*, 1882, 211); 12 aprile 1882 (*Ibid.*, 1882, 186); Cass. Napoli, 16 giugno 1884 (*Gazz. Proc.*, XX, 59); Cass. Roma, 23 ottobre 1884 (*F. It.*, 1885, 2, 242); 20 luglio 1900 (*Cass. Un.*, XII, 19); Cass. Firenze, 9 maggio 1904 (*Annali*, 1904, 167); Bologna, 11 luglio 1904 (*Temi*, 1904).

(2) Bologna, 7 marzo 1899 (*Giur. It.*, 1899, 244).

(3) Decis. 30 dicembre 1884 (*Circ. Giur.*, 1885, 44).

Digitized by Google

Respingendo la detta eccezione, il giudice di appello può ritenere la causa e giudicare sul merito (1).

Però, rinviandosi per le eccezioni di diritto civile in sede competente, il giudice penale deve astenersi dal fare dichiarazioni che in qualsiasi modo possano influire sulla decisione del merito, come sarebbe, per esempio, quella sulla buona fede o mala fede dell'imputato (2).

E parimenti il giudice civile non deve preoccuparsi delle conseguenze che le sue statuizioni possano spiegare sul giudizio penale, perchè ogni apprezzamento è riservato al giudice penale, a lui solo competendo il conoscere se, giusta le risultanze del giudizio civile, possa dirsi esistere ovvero no il reato (3).

3. La sentenza di rinvio è suscettiva di appello, avendo carattere definitivo; e, se pronunziata in appello, può essere gravata di ricorso in Cassazione (4), quantunque, come abbiamo già fatto notare, non possa essere censurabile sol perchè abbia ammesso o negato il rinvio. Però nei casi in cui questo venga ammesso, la sentenza deve contenere la indicazione della eccezione, la quale deve essere di quelle che riguardano la proprietà o altro diritto reale, e deve altresì contenere la dichiarazione intorno all'apparenza di essere fondata, giusta quanto prescrive lo stesso articolo 33 proc. pen. (5). Ma dovrà indicare altresì il magistrato competente? Nol crediamo (6); è la espressione che suole usare il legislatore in casi simili; appartiene alla parte di adire il giudice che sia competente.

4. Perchè abbia luogo il rinvio in sede civile bisogna che l'eccezione concerna la proprietà o altro diritto reale.

---

(1) Cass. Torino, 12 marzo 1883 (*La Giur.*, 1883, 526).

(2) Cass. Firenze, 7 aprile 1880 (*Annali*, 1880, 110); 11 agosto 1884 (*Annali*, 1884, 200).

(3) Cass. Roma, 14 marzo 1878 (*Giur. It.*, 1878, 428); 8 gennaio 1879 (*Ibid.*, 1879, 250).

(4) Cass. Firenze, 12 novembre 1881 (*T. Ven.*, 1882, 167).

(5) Cass. Firenze, 12 novembre 1881 sopra cit.

(6) V. Cass. Firenze cit.

Digitized by Google

A dir vero, la limitazione è arbitraria; ma *lex est*, e la disposizione non può estendersi a casi ivi non contemplati (1).

Nondimeno, respingiamo quanto è stato ritenuto dalla suprema Corte siciliana, cioè che il disposto dell'articolo 33 proc. pen. non possa applicarsi alle eccezioni di possesso (2), sia perchè s'è dubitato se il possesso debba qualificarsi un diritto reale, come ancora per la stretta analogia che esiste tra le eccezioni fondate sulla proprietà e quelle sul possesso, tenuto conto della ragione che determinò il legislatore ad autorizzare il rinvio. Inoltre il proprietario medesimo può far valere il proprio *jus possidendi*, anzichè il suo diritto di dominio, e di un tal benefizio non debb'essere privato. In tal senso è stato giudicato dalla suprema Corte romana (3), e da quella torinese (4); anzi quest'ultima limitò con ragione l'eccezione al solo possesso legittimo, escludendo l'ipotesi in cui si tratti di reintegrazione in possesso e l'imputato debba rispondere di esercizio arbitrario e di violenze personali.

5. Ma, ristretta per quanto vogliasi l'applicazione dell'articolo 33 p. p., non possiamo approvare qualche decisione che ne escluse l'applicabilità alle eccezioni riguardanti cose mobili (5).

6. Il magistrato penale non farà che una specie di delibazione, giovandosi di quelle presunzioni *hominis* alle quali darà luogo il singolo caso (6); ma bisogna che esista anche l'apparenza di un diritto civile (7). Non può rimanere silenzioso sull'eccezione, e non crediamo che il silenzio

---

(1) Cassaz. Roma, 23 settembre 1884 (*F. It.*, 1885, 2, 242); Genova, 8 maggio 1897 (*T. Gen.*, 1897, 310).

(2) Decis. 29 novembre 1900 (*F. Sic.*, 1900, 660).

(3) Decis. 11 dicembre 1879 (*F. It.*, 1880, 1, 12).

(4) Decis. 22 novembre 1883 (*Legge*, 1884, 1, 627).

(5) Cass. Torino, 17 aprile 1882 (*G. P. Tor.*, 1882, 207). — *Contra:* Cass. Firenze, 11 agosto 1884 (*Ann.*, 1884, 200).

(6) Torino, 19 aprile 1904 (*Giur. It.*, 1905, 63).

(7) Parma, 6 agosto 1880 (*Mon. Mil.*, 1880, 907).

Digitized by Google

possa interpretarsi, come talvolta si è detto (1), quale un rigetto virtuale dell'eccezione medesima.

7. Con ragione si è ritenuto che il termine che il giudice penale stabilisce per l'esplicamento del giudizio civile equivalga ad una condizione risolutiva, ed esaurito che sia, il giudizio penale riprenda il suo corso (2). Però crediamo che su questo punto il magistrato penale debba giudicare con equità, perchè non sempre dipende dall'attore il sollecito esaurimento del giudizio civile.

Se termine non fosse stato stabilito, si riparerebbe con citazione *ad hoc* fatta sulla istanza del pubblico ministero (3).

8. Il convenuto in sede civile non può sollevare eccezione sull'utilità del giudizio civile, allegando, per esempio, la inammessibilità dell'azione possessoria come inutile al giudizio penale (4). Ma l'attore non può mutare l'eccezione ventilata innanti il giudice penale. Così non può mutare in eccezione di possesso l'eccezione petitoriale (5): ed il giudice adìto per risolvere quistioni di proprietà non può soffermarsi al possesso, reputando questo sufficiente al fine del giudizio penale (6).

9. Istituito il giudizio civile in seguito al rinvio, non vien meno per effetto di estinzione dell'azione penale, come nel caso di amnistia (7).

10. Dispone l'art. 31 proc. pen. che allorquando nel corso di un giudizio civile insorga ragionevole argomento dell'esistenza di un reato di azione pubblica, il giudice dovrà informarne il pubblico ministero, il quale promuoverà, ove occorra, l'azione penale a termine di legge. La causa civile

(1) Cass. Roma, 19 novembre 1884 (*F. It.*, 1885, 2, 73).
(2) Cass. Roma, 14 marzo 1878 (*Giur. It.*, 1878, 424).
(3) Cass. Torino, 29 luglio 1880 (*Mon. Mil.*, 1880, 973).
(4) Cass. Napoli, 29 gennaio 1889 (*Legge*, 1889, 2, 593).
(5) Cass. Palermo, 13 agosto 1895 (*Circ. Giur.*, 1895, 301).
(6) Cass. Roma, 24 luglio 1903 (*Giur. It.*, 1903, 841).
(7) Cass. Firenze, 6 marzo 1879 (*Ann.*, 1879, 105).

Digitized by Google

sarà sospesa, se la cognizione del reato influisca sulla decisione della medesima, salvo quanto venga stabilito da disposizioni speciali.

Perchè abbia luogo la sospensione occorre che gl'indizii del reato siano abbastanza gravi, non essendo bastevoli vaghe accuse (1), nè il semplice fatto che una delle parti abbia dato querela contro l'altra nel corso del giudizio (2). Così la sola querela di falso non basta a far sospendere il giudizio civile, ma bisogna che concorrano gravi indizii contro l'asserto autore o il complice (3). La querela di falso contro taluni testimoni non è ragione sufficiente per la sospensione del giudizio civile, quando dalle deposizioni di altri testimoni possano sorgere elementi sufficienti a decidere del merito (4).

11. Deriva dall'anzidetto che la sospensione del giudizio civile è sempre in facoltà del giudice, dipendendo dal suo convincimento, il quale non può essere soggetto a censura in Cassazione (5); ma il giudice, se convinto, deve ex *officio* ordinare la sospensione (6). Un solo caso havvi in cui la sospensione non è facoltativa, ed è quando si tratti di reato di soppressione di stato (art. 32 proc. pen.) (7).

12. La sospensione ha luogo semprechè trattisi di reato; non già se trattisi di delitto civile, come nei casi di frode e simulazione (8). Non ha luogo nemmeno quando l'azione

---

(1) Venezia, 26 maggio 1898 (*T. Ven.*, 1898, 308).

(2) Torino, 31 maggio 1897 (*La Giur.*, 1897, 1157); Bologna, 7 marzo 1899 (*Giur. It.*, 1899, 244).

(3) Catania, 25 agosto 1886 (*F. Cat.*, 1886, 207).

(4) Bologna, 27 dicembre 1879 (*Riv. Bol.*, 1880, 117); Catania, 2 giugno 1895 (*C. Cat.*, 1905, 132).

(5) Cass. Firenze, 25 maggio 1885 (*T. Ven.*, 1885, 304); Cass. Napoli, 6 febbraio 1889 (*Grav.*, 1889, 331); Cass. Torino, 26 marzo 1900 (*La Giur.*, 1900, 482); Cass. Napoli, 7 novembre 1903 (*Mov. Giur.*, 1903, 355).

(6) Roma, 17 agosto 1892 (*Giur. It.*, 1892, 506).

(7) Lucca, 14 novembre 1901 (*F. It.*, 1902, 1, 522).

(8) Casale, 18 gennaio 1882 (*G. Cas.*, 1882, 60).

Digitized by Google

civile può avere una esistenza indipendente dal fatto che può costituire reato (1).

13. Le sentenze penali contumaciali non costituendo cosa giudicata, così non impediscono il giudizio civile. Di conseguenza, questo può essere continuato malgrado che una sentenza contumaciale abbia dichiarato falso un documento della lite (2). Ma se, p. e., un'ordinanza della Camera di Consiglio dichiari non luogo a procedere per inesistenza di reato o non provata reità, manca la ragione per sospendere il giudizio civile (3), anche se si tratti d'incidente civile di falso (4). Non influisce però il fatto che la Camera di Consiglio o la sezione d'accusa abbiano prosciolto il responsabile civile, p. e. dall'accusa di complicità; il giudizio debb'essere sempre sospeso (5); come debb'esserlo sempre nel caso in cui l'azione di risarcimento sia stata sperimentata anche contro il responsabile civile (6).

CAPITOLO XXI.

EFFICACIA DEL GIUDICATO PENALE IN SEDE CIVILE.

1. *Discussioni alle quali ha dato luogo l'indagine tra gli scrittori francesi.*
2. *Argomenti addotti per sostenere l'identità di oggetto e di persona riguardo alla cosa giudicata.*
3. *Continua.*

---

(1) Roma, 10 marzo 1904 (*F. It.*. 1905, 1, 118). Nondimeno, trattandosi di reato di contrabbando, l'azione civile può essere sospesa se la cognizione del reato influisca sulla medesima. Cass. Roma, 13 giugno 1883 (*C. S. Rom.*. 1883, 522).

(2) Catania, 12 marzo 1883 (*F. It.*, 1883, 1, 554).

(3) Cass. Torino, 26 febbraio 1900 (*La Giur.*, 1900, 376).

(4) Napoli, 22 settembre 1882 (*Giur. It.*, 1883, 21); 18 giugno 1883 (*Filangieri*. 1883, 465); Cass. Torino, 28 luglio 1883 (*La Giur.*, 1883, 289).

(5) Venezia, 22 maggio 1877 (*Giur. It.*, 1877, 800).

(6) Milano, 7 marzo 1884 (*Giur. It.*, 1884, 256).

Digitized by Google

4. *Principio dichiarato dall'art. 6 del nostro Codice di proc. penale.*
5. *La patria giurisprudenza ha riconosciuto l'efficacia del giudicato penale,* quoad omnes, *riguardo al fatto accertato e che formò base del giudicato medesimo.*
6. *Rapporto diretto e necessario che deve esservi tra il giudicato penale e l'azione civile. Esempi.*
7. *Continua.*
8. *Continua. Come può formularsi il principio generale e di quali limitazioni è suscettivo.*
9. *Continua.*
10. *Continua.*
11. *Di un esempio famoso che offre la patria giurisprudenza riguardo all'influenza del giudicato penale nel giudizio civile.*
12. *Continua.*
13. *Applicabilità del principio penale al responsabile civile non chiamato nel giudizio penale.*
14. *Il giudicato penale sorge dalla sentenza irrevocabile.*
15. *Continua.* Quid *delle sentenze e delle ordinanze pronunziate durante l'istruttoria.*
16. *Continua.*
17. *Continua.*
18. *Entro quali limiti debbono essere contenute le domande e le eccezioni delle parti nel giudizio di liquidazione in base a sentenza di condanna generica ai danni.*
19. *Continua. Persone civilmente responsabili.*
20. *Può il giudice civile attribuire al fatto dannoso conseguenze più gravi di quelle attribuite allo stesso fatto dal giudice penale?*
21. *Efficacia del giudicato penale anche come titolo per domandare talune restituzioni.*

1. Ed eccoci a discorrere dell'efficacia dei giudicati penali nei giudizii civili posteriormente istituiti pel risarcimento del danno. L'indagine si presenta con un apparato dottrinale da fare impressione; e, specialmente tra gli scrittori francesi, può affermarsi che non siavi argomento del quale non siasi tenuto conto nella discussione. Per noi, la soluzione viene agevolata non solo dagli svolgimenti dottrinali che fin'oggi hanno avuto luogo, ma ancora dal lavorìo della patria giurisprudenza e dalle disposizioni stesse del nostro Codice di procedura penale, il quale può dirsi di avere segnato un effettivo progresso nella soluzione dell'ardua quistione.

La dottrina che limitò l'efficacia del giudicato penale entro la cerchia della repressione del reato ebbe antesi-

Digitized by Google

gnano il Toullier (1); quella invece che lo ritenne efficace anche nel giudizio civile fu sostenuta pel primo dal Merlin (2), ebbe più gran numero di fautori, e, salvo talune opinioni intermedie, possiamo dire che, nei suoi profili generali, finì col trionfare.

Toullier ed i suoi seguaci non ravvisavano nel giudicato penale l'esistenza di quegli estremi necessarii a costituire la cosa giudicata, da precludere l'adito ad ogni giudizio civile avente per obbietto le conseguenze civili del fatto che aveva formato obbietto del giudizio penale. L'identità dell'obbietto, dicevasi, manca; e così quella delle persone. Ma rispondevasi che il fatto era sempre il medesimo, considerato dalla giurisdizione penale nel fine del risarcimento del danno alla parte lesa; che il pubblico ministero riassumeva la rappresentanza dei singoli nello svolgimento dell'azione penale — e così riscontravansi gli estremi della cosa giudicata spiegante la sua efficacia anche in sede civile.

L'indagine complicavasi però quando non si trattava d'invocare il giudicato penale al fine del risarcimento del danno, ma per farlo valere come *res judicata* sulla quistione decisa, d'indole essenzialmente civile; e tuttora le opinioni sono abbastanza divergenti.

Da una parte e dall'altra gli argomenti non porgono quel convincimento che è necessario a ritenere bene risoluta una quistione. Così, per quanto sforzo si possa fare per dimostrare che il giudicato penale, col solo intervento del pubblico ministero, contenga i requisiti della cosa giudicata a norma del Codice civile, non si riesce ad una dimostrazione che resista alla critica. E, d'altro canto, non persuade l'intelletto l'affermare che, difettando i requisiti della cosa giudicata, secondo il Codice civile, possa il giudice civile interloquire *ex integro* sul fatto medesimo sul quale ebbe a pronunziare il giudice penale, astraendo addirittura da tale pronunzia, nè più nè meno come se non avesse avuto luogo.

---

(1) Op. cit., X, n. 243.
(2) Rép., v. *Cosa giud.*, § 815.

Digitized by Google

2. Gli scrittori francesi insistono ancora nel voler dimostrare l'identità di oggetto e di persone. Le Sellyer (1) afferma che havvi *sufficiente identità di obbietto;* ma non lo dimostra se non ripetendo testualmente le ragioni addotte dal Mangin (2), e le quali a dir vero persuadono fino ad un certo punto, in quanto alla unicità del fatto, accertato od escluso, commesso o non commesso da colui al quale venne imputato. È veramente, se queste sole fossero le ipotesi, e se nel giudizio civile si cercasse di scuotere il giudicato penale, controvertendo sulla esistenza del fatto o sull'essere stato o no commesso dal condannato o dall'assolto, l'identità dell'obbietto sarebbe chiara, quand'anche, com'è naturale, nel giudizio civile fossero diverse le conseguenze a trarsi. Ma l'assoluzione può aver luogo per motivi diversi dai due predetti, ed allora appariscono i dubbii sull'identità dell'oggetto, e qualsiasi argomento difficilmente riesce ad eliminarli.

E resta sempre l'obbiezione all'argomento che il pubblico ministero rappresenterebbe ogn'interesse pubblico e privato, nell'esercizio dell'azione pubblica; e quantunque il Le Sellyer abbia cercato di ricorrere a disposizioni del Codice d'istruzione criminale e del Codice civile per rilevare che la parte lesa possa domandare il risarcimento del danno in diversi casi in cui non abbia fatto parte del giudizio penale, nondimeno resta sempre il dubbio se l'azione della parte lesa venga sperimentata in forza di un'apposita disposizione di legge, ovvero come conseguenza della voluta rappresentanza. Ed in generale poi resterebbe sempre a sapere se in tutti i casi e per tutto ciò che abbia ritenuto il giudicato penale, la parte lesa debba ad esso sottostare, perchè la rappresentanza o esiste per intero o non esiste. E che dire poi rispetto ai terzi estranei al giudizio penale?

Abbiamo citato il Le Sellyer come uno dei più recenti ed autorevoli scrittori francesi, ed all'opera del quale rimandiamo il lettore per sapere le opinioni dei singoli, spesso contraddittorie, alcune delle quali escludono addirittura

(1) *Esercic. ed est. dell'az. pubbl. e priv.*, n. 719, trad. di Benevolo.
(2) *Az. pen.*, n. 414.

Digitized by Google

l'applicazione dell'art. 1351 (it. 1351) del Codice civile, ma non giustificano poi le ragioni che determinano la efficacia dei giudicati penali nei giudizii civili. Però, quel che può affermarsi con sicurezza si è che la dottrina negativa del Toullier sia andata man mano scadendo, e quella del Merlin siasi fatta strada, prevalendo fra gli scrittori e nella giurisprudenza ed applicandosi in una maniera ognor più razionale.

3. Mangin scriveva: « Queste due azioni (la penale e la civile) se differiscono riguardo alle conseguenze che esse deducono dallo stesso fatto, hanno tuttavia una base comune in quanto che il fatto esista e sia stato ammesso da colui contro il quale hanno luogo i due giudizii. Ora, nessuno ha mai preteso che l'influenza della cosa giudicata, tanto nel giudizio civile come nel penale, debba essere estesa al di là di ciò che è comune ai due giudizii. Così, si ritiene semplicemente che quando un giudicato civile abbia, per esempio, deciso che una persona non sia stata spogliata del suo stato, che l'imputato sia proprietario del terreno dove gli s'imputa di aver commesso un delitto, il tribunale penale non possa più mettere in quistione nè lo stato nè la proprietà. Si ritiene altresì che allorquando un giudicato abbia ritenuto che un tale sia colpevole di un delitto, ovvero che non abbia commesso alcun delitto, innanti il tribunale civile non possa più questionarsi se l'accusato fosse stato ovvero no autore del delitto, salvo al tribunale civile od a quello penale, ciascuno entro la cerchia della propria attribuzione e relativamente all'azione dedotta, di dedurre ed applicare alle parti le conseguenze risultanti dal fatto che sia stato giudicato. L'autorità della sentenza sulla quistione pregiudiziale venendo così limitata a quanto havvi di comune coll'azione sulla quale devesi ancora interloquire, può dirsi che veramente esista la identità di oggetto di cui nell'art. 1351 del Codice civile » (1).

Astrazione facendo dalla veduta puramente teorica, cioè dal sapere se esista o no l'identità di obbietto, la dottrina del Mangin fa omaggio ad un supremo principio di diritto,

(1) Op. cit., n. 414.

Digitized by Google

cioè, che il fatto accertato dalla giurisdizione penale coi mezzi dei quali essa dispone e proclamato nel giudicato penale, non possa essere rimesso in discussione nel giudizio civile, sia che questo giudizio venga istituito dalla parte lesa che non fosse stata presente nel giudizio penale, sia di fronte ai terzi. Il vero giuridico che si concreta nel fatto solennemente e definitivamente accertato da un'autorità giudiziaria, non può essere negato da un'altra; se accertato dalla giurisdizione penale, se ne possono dedurre tali e tali altre conseguenze in ordine al risarcimento del danno, ma il fatto che giovò di base alla sentenza penale non può, non dev'essere ulteriormente discusso. E siccome sarebbe strano che i terzi potessero ritenersi non obbligati a rispettare il giudicato penale pronunziato in seguito a giudizio a cui furono estranei, così è giuocoforza riconoscere che qualsiasi giudicato penale, riguardo al fatto che ne forma il sostrato, la base, debba spiegare la sua efficacia *erga omnes*.

Come ammettere, diremmo col Marcadé (1), che colui il quale abbia fatto giudicare col rappresentante della società di non essere mai avvenuto il fatto di cui era accusato, possa poscia per quel preteso fatto essere condannato da un tribunale civile? A ciò si oppone ogni principio di giustizia e di equità. Come ammettere al contrario che colui il quale sia stato solennemente condannato come colpevole di un reato, dopo di essere stato difeso con tutta la libertà e con tutta la garanzia concessa dalla legge, possa poi innanzi un tribunale civile sostenere e provare legalmente che il fatto non sia stato commesso, o che non possa a lui imputarsi? Sarebbe questo uno scandalo giuridico che ripugna tanto alla volontà del legislatore che alla ragione.

4. Il patrio legislatore ha fatto omaggio all'anzidetto principio coll'art. 6 del Codice di procedura penale, disponendo che la parte danneggiata ed offesa non potrà più esercitare l'azione civile pei danni sofferti quando con sentenza divenuta irrevocabile si sarà dichiarato non farsi

(1) Op. cit., sull'art. 1351 Cod. civ., n. 15.

Digitized by Google

luogo a procedimento, perchè consti non essere avvenuto il fatto che formò l'oggetto della imputazione, o l'imputato sarà stato assolto perchè risulti non avere egli commesso il reato, nè avervi avuto parte. Nei detti casi, osservano Borsani e Casorati (1), la decisione penale fissa una posizione di fatto irrevocabile, che preclude la via all'azione civile. La decisione, in questa parte, risolve una questione comune ai due giudizii, si aggira sopra la materia identica che dovrebbe essere fondamento alla domanda di riparazione di danno, e di fronte alla domanda stessa, assume l'autorità della cosa giudicata.

5. È stato agevole così alla patria giurisprudenza di assorgere ad un principio generale, qual'è quello di riconoscere alle sentenze penali irrevocabili l'efficacia di fare stato *quoad omnes*, per ciò che si riferisce al fatto accertato e ritenuto come base delle sentenze medesime, di guisa che la soluzione delle ipotesi contemplate dall'art. 6 proc. penale non costituisce che applicazione di un medesimo principio. La differenza sta solo in questo, che, nella ipotesi contemplata dal detto articolo è precluso ogni adito all'azione civile, mentre in tutte le altre, come abbiamo veduto, l'assoluzione non toglie che, in sede civile, resti sempre un fatto produttivo di danno e pel quale si possa rimanere obbligati a rispondere per gli articoli 1151 e segg. del Codice civile. La decisione penale, in questi casi, come bene osservano i predetti scrittori, riconosce che il fatto sussiste e che è opera dell'accusato, ma esclude che costituisca titolo di penalità, non riscontrandosi carattere di reato o ragione d'imputabilità, ed allora la decisione si fonda sopra apprezzamenti giuridici penali dell'azione, materia affatto estranea alla riparazione civile, a fronte della quale non può la decisione costituire il fatto compiuto ed irrevocabile della cosa giudicata (2).

La patria giurisprudenza è quindi concorde nel ritenere che nel giudizio civile non si possa controvertire sul fatto,

(1) Op. cit., § 140.
(2) Op. cit., § 141.

Digitized by Google

quale venne accertato nel giudizio penale, considerato nei suoi termini precisi ed incontrovertibili (1).

6. Il rapporto del giudicato penale coll'azione civile dev'essere diretto e necessario, senza di che non potrebbe costituire precedenti di cosa giudicata (2). Così, dichiarato colpevole l'imputato di abuso di firma sopra foglio in bianco non affidatogli, implica la inesistenza assoluta, in sede civile, dell'obbligazione risultante dal foglio stesso a carico della persona cui sia stata carpita (3). E parimenti non si può controvertire in sede civile se la Corte d'Assise abbia dichiarato falso un testamento per supposizione di persona (4), se un esercente fosse stato condannato per contravvenzione alla legge daziaria e poscia domandi la restituzione della tassa come indebitamente percepita (5), se fosse stata dichiarata la falsità di una cambiale (6), o

---

(1) Cassaz. Napoli, 13 dicembre 1881 (*Gazz. Pret.*, 1882, 129); 14 febbraio 1882 (*Gazz. Proc.*, 1882, 424); Bologna, 4 novembre 1882 (*Cons. Amm.*, 1883, 32); Cassaz. Firenze, 2 luglio 1883 (*Giur. It.*, 1884, 48); Torino, 2 febbraio 1883 (*La Giur.*, 1883, 555); Firenze, 15 dicembre 1883 (*Ann.*, 1884, 127); Lucca, 10 luglio 1885 (*Ann.*, 1885, 296); Napoli, 14 febbraio 1885 (*Gazz. Proc.*, 1885, 45); Ancona, 26 luglio 1886 (*Filangieri*, 1886, 536); Cass. Firenze, 22 febbraio 1886 (*Riv. Pen.*, XXIII, 564); Cass. Torino, 22 novembre 1887 (*Giur. It.*, 1888, 111); Bologna, 16 maggio 1887 (*Riv. Bol.*, 1887, 187); Napoli, 1° dicembre 1886 (*Riv. Pen.*, XXV, 434); Ancona, 4 aprile 1888 (*F. It.*, 1888, 1, 287); Genova, 21 marzo 1890 (*T. Gen.*, 1890, 331); 16 maggio 1892 (*Ibid.*, 1892, 371); Torino, 18 giugno 1897 (*La Giur.*, 1897, 1559); Genova, 21 dicembre 1897 (*T. Gen.*, 1897, 723); Cass. Roma, 9 settembre 1898 (*F. It.*, 1898, 1, 1065); Venezia, 15 febbraio 1898 (*Giur. It.*, 1898, 327); Palermo, 25 luglio 1898 (*F. Sic.*, 1898, 612); Cassaz. Torino, 14 settembre 1899 (*La Giur.*, 1899, 1555); Cass. Roma, 31 dicembre 1898 (*Giur. It.*, 1899, 116); Casale, 21 agosto 1901 (*Giur. Tor.*, 1901, 1169); Cassaz. Firenze, 1° aprile 1901 (*Ann.*, 1901, 1, 272); Bologna, 15 aprile 1901 (*Temi*, 1901, 437); Palermo, 18 aprile 1904 (*Filangieri*, 1904, 874); Cassaz. Roma, 1° agosto 1905 (*Cass. Un.*, 1905, 314).

(2) Borsani e Casorati, § 142.

(3) Cass. Torino, 17 giugno 1870, citata da Borsani e Casorati, loc. cit.

(4) Venezia, 31 luglio 1883 (*T. Ven.*, 1883, 468).

(5) Cass. Torino, 31 dicembre 1884 (*La Giur.*, 1885, 19).

(6) Catania, 28 agosto 1893 (*F. Cat.*, 1893, 218).

Digitized by Google

lo stato d'interdizione legale per effetto di condanna (1), o ritenuto il carattere commerciale di una società (2), se taluno fosse stato condannato per sottrazione di somme ed in sede civile pretendesse di volerne provare la restituzione (3), se un capitano fosse stato assolto per abbandono della nave e si volesse in civile provare la volontarietà dell'abbandono (4).

7. Ma non bisogna mai estendere l'efficacia del giudicato penale oltre gli stretti termini del fatto che costituì la base del giudicato medesimo. Un giudicato penale, p. e., dichiara inesistente la falsità dell'atto di soprascrizione di un testamento segreto; contendendosi poscia sul vizio di mente del testatore, quand'anche di ciò incidentemente si fosse occupato il giudice penale, il giudicato non può invocarsi per escludere l'azione di nullità per vizio di mente del testatore (5). E si può quindi stabilire il principio che la sentenza penale non acquista autorità di cosa giudicata per tutto ciò che lungi dall'avere formato l'obbietto del giudizio penale, fosse stato incidentemente ritenuto o non ammesso (6). Così, l'assolto dall'accusa di esercizio arbitrario delle proprie ragioni per avere abbattuto un muro a secco e passato sul fondo altrui, non può prevalersi della sentenza penale per far dichiarare che quel dato fondo fosse libero da servitù (7); lo stesso per tutte le quistioni che riguardino la proprietà o altri diritti reali (8). Una sentenza penale condanna la donna per mancato assassinio del suo amante, ed essa afferma per attenuare la propria responsabilità che l'amante l'avesse resa madre di un bambino e quindi tradita per passare ad altri amori. Tale affermazione non

(1) Cass. Roma, 22 febbraio 1899 (*Giur. It.*, 1899, 238).
(2) Firenze, 28 aprile 1900 (*Ann.*, 1900, 194), limitatamente però alla causa decisa.
(3) Genova, 11 dicembre 1881 (*Riv. Pen.*, XIV, 300).
(4) Genova, 31 dicembre 1880 (*Giur. Com. Gen.*, 1881, 2, 116).
(5) Cass. Palermo, 8 agosto 1882 (*Giur. It.*, 1883, 148).
(6) Venezia, 1° agosto 1882 (*Legge*, 1882, 2, 488).
(7) Catanzaro, 18 maggio 1883 (*Riv. Pen.*, XX, 76).
(8) Cass. Palermo, 28 maggio 1903 (*Foro It.*, 1903, 1, 1466).

Digitized by Google

costituisce giudicato sulla paternità del bambino procreato con quella donna, tanto più se la pretesa paternità non abbia formato oggetto della sentenza penale, ed il preteso padre non fosse intervenuto nel giudizio nè come querelante, nè come parte civile, e di conseguenza l'affermazione del giudicato penale non potrebbe giovare al figlio nemmeno per domandare gli alimenti giusta l'art. 123 del Codice civile (1).

8. Ben possiamo quindi accettare il principio così formulato:

« La decisione penale, anche nella parte che si attiene strettamente alla nuda dichiarazione dei fatti, non vale a costituire autorità di giudicato influente sull'azione civile se non comprende tutti i termini della quistione da proporre nella sede civile. Epperò, sopratutto non esercita alcuna influenza sulla dichiarazione e valutazione del danno. Se, per modo di esempio, la decisione dichiara l'accusato colpevole di un furto, ma riconosce nell'oggetto rubato un valore inferiore alle lire 500, è certo che essa non vincola il giudizio civile, non essendo la stessa cosa la valutazione dell'oggetto rubato e quella del danno. Infatti l'apprezzamento che si fa nel giudizio civile si coordina al reale e definitivo pregiudizio derivante alle persone danneggiate; quello della sede penale si riferisce soltanto alle conseguenze del reato considerato nel momento della sua consumazione. Una più larga parte che si facesse all'autorità del giudicato penale neutralizzerebbe affatto la giurisdizione civile » (2).

La sentenza penale, di conseguenza, non costituisce giudicato se il fatto sul quale l'accusa era fondata non fosse stato di natura tale da influire sulla esistenza del reato o sulla imputabilità, e questo fosse stato escluso indipendentemente da quello. Esempio: Un individuo è accusato di truffa perchè vendette la cosa altrui facendosene credere proprietario con mezzi dolosi. Si dichiara non luogo a procedere contro di lui per inesistenza di reato; ma la sentenza di

(1) Cass. Torino, 9 settembre 1887 (*Giur. It.*, 1887, 616).
(2) Borsani e Casorati, § 143.

Digitized by Google

assoluzione non può opporsi al terzo che rivendichi la cosa propria, malgrado che la sentenza nelle sue motivazioni possa contenere qualche espressione relativa alla proprietà della cosa medesima (1). Il che è ben diverso dal caso in cui il giudicato penale attribuisca una specifica qualità alla cosa; se questa sia dichiarata *res furtiva*, tale dev'essere ritenuta nel giudizio civile (2).

9. Ogni apprezzamento quindi in ordine alla responsabilità civile non costituisce giudicato da escludere o menomare in qualsiasi modo la responsabilità civile (3), tranne il caso in cui un dato negozio giuridico fosse stato qualificato nella maniera che abbia formato oggetto dell'assoluzione o della condanna. Il giudice penale, per es., assolve l'imputato escludendo in lui la qualità di appaltatore ed ammettendo quella di locatore d'opera; è stato ritenuto che tale affermazione non costituisca giudicato in sede civile (4). Ma non possiamo approvare tale opinione, perchè altrimenti si ritornerebbe sul punto già deciso dalla giurisdizione penale e che costituisce la base del relativo giudicato. Si potrebbe avverare una deplorevole contraddizione tra il giudicato penale e quello civile, il che non può mai ammettersi. Sia che si tratti di negozio giuridico, ovvero di una data condizione giuridica, di una data qualità, p. es., che il giudicato penale attesti esistere, ovvero no, su tal punto bisogna riconoscere al giudicato penale la piena efficacia nel giudizio civile.

10. Ma se la controversia d'indole civile fosse stata, nelle motivazioni della sentenza penale, ritenuta come antecedente logico del dispositivo, costituisce anche cosa giudicata da potersi opporre in sede civile (5). Ciò ha luogo,

(1) Cass. Torino, 31 dicembre 1884 (*Legge*. 1885, 1, 697).
(2) Roma, 16 aprile 1889 (*T. Rom.*, 1899, 421).
(3) Brescia, 16 febbraio 1892 (*F. It.*, 1892, 1, 325).
(4) Genova, 26 marzo 1893 (*Giur.*, 1893, 205).
(5) Roma, 30 agosto 1882 (*T. Rom.*, 1883, 308); Cass. Torino, 9 settembre 1887 (*Legge*, 1887, 1, 374); Lucca, 9 maggio 1902 (*Ann.*, 1902, 273); Cass. Napoli, 6 maggio 1903 (*Legge*, 1903, 747).

Digitized by Google

p. es., se l'assoluzione dell'accusato sia dipesa dall'aver ritenuto che una cosa si appartenga ad una persona anzichè ad un'altra (1), che il danno sia stato arrecato ad una data persona (2). Non così per tutte quelle circostanze le quali non abbiamo potuto avere influenza sulla definizione del reato, sulla colpevolezza o sulla entità della pena (3).

11. La patria giurisprudenza ci offre un esempio famoso qual'è quello della causa contro Enrico Rochat, condannato dal tribunale correzionale di Firenze come renitente alla leva militare. In appello dedusse di essere cittadino svizzero, e la Corte con decisione 4 luglio 1879 dichiarava non farsi luogo a penale procedimento contro l'accusato perchè *apparisce evidente che il giudicabile, ancorchè nato a Firenze, non doveva essere compreso nella lista di leva, avendo egli provato di appartenere ad altro Stato.* La relativa sentenza passò in giudicato; ma più tardi lo stesso individuo fu chiamato innanzi il consiglio di leva, ed allora valendosi degli articoli 63 e 64 della legge del 1854 sul reclutamento dell'esercito, convenne il prefetto della provincia innanti il tribunale civile di Firenze e chiese, in base al giudicato penale, di essere cancellato dalla lista di leva. Il tribunale interloquì nuovamente sulla questione di stato e dichiarò che il Rochat era nato ed era cittadino italiano e quindi obbligato al servizio militare nel regno. La Corte con decisione 29 luglio 1880 annullò tale sentenza (4), ed affermò essere errore il ritenere che le sentenze penali emesse in contraddittorio dell'accusato e del pubblico ministero siano *proferite allo stato degli atti*, e doversi ammettere invece che siano sentenze definitive le quali passano in cosa giudicata per gli effetti civili, quanto ai fatti dichiarati e ritenuti costanti, e senza di cui il giudicato penale non avrebbe avuto esistenza.

---

(1) Milano, 22 novembre 1899 (*Mon. Trib.*, 1900, 793).

(2) Genova, 2 aprile 1900 (*T. Gen.*, 1900, 458).

(3) Cass. Firenze, 19 maggio 1884 (*Giur. It.*, 1884, 487).

(4) *F. It.*, 1881, 1, 307. V. il *Giornale delle leggi*, 1880, pag. 257, dov'è inserita una nota del Paoli, est. della sentenza.

Digitized by Google

Due argomenti primeggiano in quella decisione. Il primo sarebbe per sè stesso decisivo. « Quando in un giudizio criminale viene la necessità di risolvere una questione di stato per l'effetto gravissimo di stabilire sia la punibilità del fatto, sia l'imputabilità dell'agente, sia la specie e la quantità della pena, il giudice criminale che la risolve è nella pienezza della sua giurisdizione e della sua competenza; e quindi ragione non vi è, o almeno non può facilmente escogitarsi d'onde possa inferirsene che nel risolvere una siffatta quistione il giudicato criminale debba avere minore efficacia di quella che avrebbe se fosse proferito dal giudice civile ». Questo argomento sarebbe perentorio ». Ma, segue la decisione, un altro argomento che conferma questo concetto deriva dal bisogno supremo di evitare tra le due giurisdizioni conflitti che sarebbero dolorosi e talvolta anche scandalosi, dove la contraria dottrina prevalesse; così, esempligrazia, dopo una condanna irrevocabile per bigamia, potrebbe avvenire che il giudice civile dichiarasse la nullità del primo matrimonio e quindi la innocenza del condannato; e potrebbe accadere che dopo una prima condanna per parricidio, e quindi il parricida avesse, secondo il disposto del Codice penale sardo, perduto il capo sul patibolo, venisse il giudice civile a dichiarare che l'ucciso non era suo padre ».

12. Non può negarsi che inconvenienti possano verificarsi con l'uno e con l'altro sistema. Mattirolo (1), invertendo l'ipotesi fatta dal Paoli nella predetta decisione, ci presenta il caso di un matrimonio dichiarato valido in un giudizio penale per bigamia, senza il legittimo contraddittorio della moglie, la quale si vedrebbe impresso irrevocabilmento il marchio di concubina senza che abbia potuto difendersi. Ma qualsiasi sistema presenta inconvenienti, e di certo quello seguìto dalla Corte d'appello di Firenze ne presenta minori dell'altro. L'unico a seguirsi, *de jure condendo*, come osservava il Pescatore (2), sarebbe quello di rinviare all'autorità civile competente qualunque punto di diritto meramente

(1) Op. cit., I, n. 947 (5ª ediz.).
(2) *Sposiz.*, comp. II, p. I, pag. 141 e seg.

Digitized by Google

civile, che si presenti in forma di controversia sincera, non simulata, e suscettiva nel merito di essere giudicata in senso opposto da giudici imparziali ed esperti.

La decisione della Corte d'appello di Firenze fu annullata da quella Corte suprema con decisione 3 marzo 1881 (1), come fu annullata anche la decisione della Corte di Lucca, che in sede di rinvio aveva seguìto lo stesso principio (2). La suprema Corte non pose in dubbio la massima di diritto ritenuta dalle Corti di merito, ma ammise invece che se il giudice penale abbia conosciuto incidentemente della quistione di diritto civile, il giudicato non vincoli la giurisdizione civile, perchè la cosa giudicata non si ravvisa in *eo de quo judex cognoverit*, ma in *eo de quo pronuntiaverit*, giusta la legge 1ª Cod. *de ordin. jud.* (3).

13. Quanto abbiamo detto è applicabile anche al responsabile civile, il quale non sia stato chiamato nel giudizio penale. E si riconosce che al responsabile civile non si possa opporre la sentenza pronunziata contro l'autore materiale del danno (4).

Il genitore, p. es., può sempre invocare l'articolo 1153 Cod. civ., per escludere la propria responsabilità civile (5), purchè non pretenda di rimettere in discussione il fatto ritenuto dalla sentenza penale. Che se il figlio, p. es., fosse stato condannato per omicidio colposo, non può un tal fatto mettersi in dubbio dal padre nel giudizio civile (6).

14. La sentenza penale dev'essere definitiva, irrevocabile, cioè passata in giudicato. Tali non sono le sentenze contu-

---

(1) V. *La Giur. Tor.*, 1882, 176.

(2) Decis. 13 marzo 1882 (*Ann.*, XVI, 1, 44).

(3) V. il nostro *Trattato della prova per testimoni*, Torino, 1904, introduz., n. 58 e seg., dove ci siamo occupati della quistione.

(4) Laurent, XX, n. 621; Larombière, art. 1384, n. 35; Borsani e Casorati, op. cit., § 120 e seg.; Chironi, *Colpa extr.*, n. 503.

(5) Torino, 12 marzo 1887 (*Giur. It.*, 1887, 476); Aquila, 20 dicembre 1904 (*F. It.*, 1905, 1, 384).

(6) Cass. Napoli, 8 maggio 1901 (*Ann.*, 1901, 243).

Digitized by Google

maciali (1) ed i semplici atti d'istruttoria (2), e l'azione di risarcimento può venire ostacolata sino a quando una delle parti conservi il diritto di far riaprire il procedimento (3), ovvero, se, prima che diventi esecutiva la sentenza penale, sopraggiunga l'amnistia (4).

15. Le sentenze irrevocabili delle quali parliamo, incluse quelle contemplate all'articolo 6 proc. pen., sono quelle pronunziate dal magistrato penale in seguito a dibattimento?

L'affermativa è stata ritenuta da parecchie decisioni (5), ma non parci doversi seguire, sia perchè l'articolo 6 proc. pen.

---

(1) Roma, 12 giugno 1883 (*T. Rom.*, 1883, 433). L'opposto è stato giudicato dalla Corte di Bologna, 6 giugno 1885 (*Ann.*, 1885, 441), la quale attribuì alla sentenza contumaciale di Corte d'Assise l'efficacia di cosa giudicata anche rispetto ai terzi!

(2) CHIRONI, *Colpa extr.*, n. 554.

(3) Cass. Roma, 14 novembre 1894 (*C. S. Rom.*, 1894, 2, 408).

(4) Cass. Roma, 16 maggio 1898 (*C. S. Rom.*, 1898, 1, 118).

(5) Per le sentenze della sezione d'accusa: Cass. Torino, 6 marzo 1883 (*La Giur.*, 1883, 441); Venezia, 31 luglio 1883 (*T. Ven.*, 1883, 468); Cass. Napoli, 20 febbraio 1883 (*Legge*, 1883, 2, 768); Trani, 4 giugno 1897 (*Riv. Trani*, 1897, 317); Cass. Torino, 20 ottobre 1899 (*Legge*, 1900, 1, 41); Torino, 17 febbraio 1899 (*Giur. It.*, 1899, 581); Milano, 4 dicembre 1902 (*Mon. Mil.*, 1903, 529); Casale, 19 dicembre 1902 (*F. It.*, 1903, 1, 294). — Per le ordinanze della Camera di Consiglio e del giudice istruttore: Trani, 5 dicembre 1882 (*Giur. It.*, 1883, 378); Cass. Palermo, 18 giugno 1888 (*Circ. Giur.*, 1888, 229); Casale, 26 marzo 1889 (*G. Cas.*, 1889, 184); Genova, 15 settembre 1892 (*T. Gen.*, 1892, 635); Cass. Torino, 27 agosto 1895 (*Legge*, 1895, 2, 655); Cass. Napoli, 22 ottobre 1894 (*Legge*, 1895, 1, 261); Genova, 27 maggio 1893 (*T. Gen.*, 1893, 659); 11 dicembre 1894 (*Ibid.*, 1895, 78); 31 dicembre 1894 (*Ibid.*, 1895, 86); Torino, 25 febbraio 1895 (*La Giur.*, 1895, 308); Cass. Napoli, 22 ottobre 1894 (*Dir. e Giur.*, X, 257); Perugia, 21 dicembre 1894 (*Foro It.*, 1896, 1, 234); Genova, 28 maggio 1897 (*T. Gen.*, 1897, 557); 30 aprile 1897 (*Gazz. Giud. It.*, 1897, 147); Trani, 11 giugno 1897 (*Riv. Trani*, 1897, 317); Venezia, 22 aprile 1897 (*T. Ven.*, 1897, 344); Roma, 17 luglio 1897 (*Riv. Un.*, 1897, 567); Palermo, 10 maggio 1897 (*Foro Sic.*, 1897, 591); Genova, 22 luglio 1898 (*F. It.*, 1898, 1, 111); 23 agosto 1898 (*Proc.*, 1898, 696); Roma, 2 febbraio 1898 (*G. P. Tor.*, 1898, 154); Genova, 18 settembre 1899 (*T. Gen.*, 1899, 552); Cassaz. Torino, 20 ottobre 1899 (*Legge*, 1900, 4, 41); 13 ottobre 1898 (*F. It.*, 1899, 1, 372); Catania, 20 dicembre 1901 (*G. Cat.*, 1901, 221); Catanzaro, 2 agosto 1901 (*Gazz. Proc.*, 1901, 310); Venezia, 7 febbraio 1901 (*Temi*, 1901, 156); Cass. Torino, 15 aprile 1902

Digitized by Google

non distingue, come ancora perchè non sarebbe logico che il proscioglimento dichiarato da sentenza di sezione d'accusa o da ordinanza di non luogo a procedere, nei casi previsti dall'articolo suddetto, rimanesse inefficace al fine dell'esercizio dell'azione civile. Sentenze ed ordinanze pronunziate in seguito ad istruttoria debbono avere la loro piena efficacia, e sarebbe strano che, prosciolto l'imputato, o perchè non avvenuto il fatto, o per non aver preso parte al reato, si possa non tener conto di tali statuizioni nel giudizio civile.

16. Ed infatti quasi tutte le decisioni che riferiamo in nota sono state pronunziate in casi in cui il proscioglimento ebbe luogo o per inesistenza di reato o per insufficienza di indizi, o per altre cause diverse sempre da quelle contemplate nell'articolo 6 proc. penale, per le quali ultime è stata riconosciuta alle statuizioni di cui parliamo la forza di cosa giudicata. Ricordiamo solo una decisione della Corte di Trani 9 febbraio 1904 (1), la quale ritenne che le ordinanze del giudice istruttore o della Camera di consiglio, e le sentenze della sezione d'accusa non impediscono l'esercizio dell'azione civile nemmeno quando escludono l'esistenza del fatto imputato. Ma il principio accolto dalla patria giurisprudenza è quello stesso applicato alle sentenze penali che abbiano assolto per cause che non siano quelle specificate dall'art. 6 proc. pen.; e devesi riconoscere che ciò sia conforme alla stretta logica del diritto.

Non mancano decisioni le quali alle predette ordinanze e sentenze che abbiano prosciolto per inesistenza di reato, attribuiscano l'efficacia di ostacolare l'azione civile per

---

(*La Giur.*, 1902, 731); Genova, 31 gennaio 1902 (*T. Gen.*, 1902, 88); Cass. Torino, 7 aprile 1902 (*Ibid.*, 1902, 290); Genova, 25 maggio 1903 (*Ibid.*, 1903, 135); 6 novembre 1903 (*Ibid.*, 1903, 654); Roma, 16 luglio 1903 (*F. It.*, 1903, 1, 1002); Torino, 29 novembre 1902 (*Giur. It.*, 1903, 242); Genova, 30 dicembre 1902 (*T. Gen.*, 1903, 55); Milano, 4 dicembre 1902 (*Mon. Mil.*, 1903, 529); Casale, 19 dicembre 1902 (*F. It.*, 1903, 1, 294); Cassaz. Roma, 21 novembre 1903 (*Ibid.*, 1903, 1, 1380); Cassaz. Torino, 5 maggio 1903 (*La Giur.*, 1903, 1006); Venezia, 16 marzo 1905 (*Giur. It.*, 1905, 447).

(1) *Riv. Trani*, 1904, 443.

Digitized by Google

risarcimento di danno (1). Ma la stessa suprema Corte torinese che con decisione 9 marzo 1900 (2) ciò ritenne per sentenza di sezione di accusa, che prosciolse per inesistenza di reato di contraffazione di privative industriali, con decisione 14 novembre 1900 (3) ammise che malgrado la sentenza di proscioglimento si possa proporre azione civile per concorrenza sleale (4).

Bisogna astrarre quindi da tali deviamenti e fare omaggio al principio generale per cui nelle ipotesi di proscioglimento per ragioni diverse da quelle dell'articolo 6 proc. pen., resta impregiudicata l'azione civile, purchè in sede civile non si pretenda di voler distruggere i fatti accertati dalla istruttoria e che formarono la base dell'ordinanza o della sentenza di proscioglimento. Se ciò vorrà farsi, occorreranno altre prove e la riapertura del procedimento (5).

17. Segue, di conseguenza, che l'ordinanza del giudice istruttore dichiarante non costituire truffa il fatto imputato, non toglie che in sede civile si possa provare il dolo e la frode usati per provocare lo scioglimento di una società (6). Una sentenza che assolve da responsabilità penale per infortunio non costituisce giudicato da precludere l'adito all'azione civile di risarcimento (7). Insomma, per ciò che riferiscesi alla colpevolezza penale dell'assolto, la sentenza penale fa stato di cosa giudicata; non così per le conseguenze civili del fatto quando l'assoluzione non abbia luogo per le cause dell'articolo 6 proc. penale (8).

---

(1) Cassaz. Roma, 8 novembre 1898 (*F. It.*. 1899, 1, 13); Genova, 14 aprile 1900 (*Dir. e Giur.*, XVI, 14); Roma, 10 febbraio 1902 (*T. Rom.*, 1903, 72); 10 febbraio 1903 (*Giur. It.*, 1903, 177). In quest'ultima decisione si afferma che la dichiarazione d'inesistenza di reato equivalga all'altra di non essere avvenuto il fatto imputato!

(2) *Giur. It.*, 1900, 566.

(3) *Giur. It.*. 1901, 63.

(4) Conf. Catania, 17 marzo 1899 (*F. Cat.*, 1899, 90); Genova, 17 maggio 1900 (*Giur. Tor.*, 1900, 1261).

(5) Cass. Napoli, 13 gennaio 1902 (*Trib. Giud.*, 1902, 209); Torino, 20 giugno 1903 (*La Giur.*, 1903, 1176).

(6) Aquila, 18 maggio 1886 (*Giur. It.*, 1886, 651).

(7) Palermo, 29 dicembre 1899 (*F. Sic.*. 1900, 164).

(8) Trani, 23 febbraio 1901 (*F. Puglie*, 1901, 105).

Digitized by Google

18. Ma nel giudizio di liquidazione istituito in seguito alla condanna generica ai danni, non può rimettersi in discussione la colpevolezza dell'autore del danno, quale fu ritenuta dalla sentenza penale; su tale punto essa costituisce giudicato (1). Però possono esservi casi in cui l'assoluzione per inesistenza di reato preclude l'adito all'azione di risarcimento? Parci che come esempio si possa addurre l'assoluzione per legittima difesa. Venendo escluso l'eccesso della difesa, per ciò stesso è esclusa qualsiasi colpa dell'assolto; ed ogni pretesa di risarcimento non sarebbe attendibile (2). Un altro esempio sarebbe quello dell'assoluzione a causa dello stato di mente, come nel caso della pazzia. Non si può esercitare azione di danno rimettendo in controversia il fatto accertato dal giudicato penale, che per sè stesso esclude ogni responsabilità dello agente anche per colpa aquiliana (3). Però si è ritenuto che l'assoluzione a causa di forza irresistibile non faccia venir meno la statuizione sui danni (4); ciò non può ammettersi nell'ipotesi di assoluzione pel vizio totale di mente, che non esclude nè la responsabilità penale, nè quella civile.

Però non può affermarsi che in ogni caso di esclusione di colpa sia precluso l'adito all'azione di risarcimento per l'ostacolo del giudicato ad ulteriori indagini sulla colpa (5), perchè la parte lesa ha diritto di discutere anche sulla colpa aquiliana di cui resta sempre responsabile l'assolto.

19. Rispetto alle persone civilmente responsabili nemmeno l'efficacia di semplici presunzioni si è creduto di attribuire alle ordinanze della Camera di consiglio; ma tale opinione va respinta per le medesime ragioni sopra allegate. Però la sentenza che, assolvendo, riserva l'azione contro il

---

(1) Roma, 28 dicembre 1899 (*T. Rom.*, 1900, 78); Cassaz. Torino, 28 gennaio 1900 (*Filangieri*, 1900, 767).

(2) Cass. Palermo, 14 giugno 1902 (*Legge*, 1902, 2, 230).

(3) Cons. Cass. Torino, 9 febbraio 1888 (*F. It.*, 1888, 2, 136).

(4) C. Ass. di Milano, 26 novembre 1881 (*Riv. Pen.*, XV, 213).

(5) Trani, 15 marzo 1904 (*Riv. Trani*, 1904, 745).

Digitized by Google

responsabile civile, non costituisce cosa giudicata contro quest'ultimo se non gli sia stata regolarmente notificata (1).

20. Può il giudice civile attribuire al fatto dannoso conseguenze più gravi di quelle attribuite allo stesso fatto dal giudice penale?

La giurisprudenza è stata divergente su questo punto (2). Una lesione p. e. ha prodotto conseguenze morbose più gravi di quelle che furono constatate nel giudizio penale. Se ne dovrà tener conto nella liquidazione del danno? Si è risposto affermativamente (3), e crediamo tale opinione sia da accogliersi. Certo la liquidazione del danno debb'essere fatta in base al fatto che formò oggetto del giudizio penale (4): ma da ciò non deriva che nel giudizio di liquidazione non si possa nè attenuare, nè aggravare la responsabilità del condannato (5), perchè trattasi soltanto di valutare la estensione del danno, il quale, in seguito alla pronunzia del giudicato penale, può assumere proporzioni maggiori che prima non aveva. E noi ci siamo già occupati di questo argomento quando abbiamo fatto rilevare che il danno può avere effetto continuativo; e quindi sarebbe ingiusto arrestarsi al momento in cui il giudicato penale sia stato pronunziato. Così l'inabilitazione al lavoro avrà potuto essere ritenuta per un dato periodo di tempo, ma poscia avrà potuto perdurare per un periodo doppio; la debilitazione di un organo avrà potuto essere ritenuta temporanea, ma poscia essere rimasta permanente; la perdita di un occhio, per ragioni patologiche, avrà potuto essere seguìta da quella dell'altro. In questi e simili casi sarebbe assurdo opporre il giudicato penale e limitare il risarcimento in base

---

(1) Cass. Napoli, 19 luglio 1878 (*Ann.*, 1878, 638).

(2) Per la negativa: Torino, 27 marzo 1877 (*Giur.*, 1877, 366).

(3) Torino, 1° marzo 1879 (*La Giur.*, 1879, 245); Torino, 24 dicembre 1880 (*Ibid.*, 1881, 82); Genova, 15 febbraio 1896 (*T. Gen.*, 1896, 117); Cagliari, 22 luglio 1899 (*G. Sarda*, 1899, 255).

(4) Cass. Firenze, 21 febbraio 1881 (*Riv. Pen.*, XIV, 73); Cass. Napoli, 16 marzo 1899 (*Gazz. Proc.*, XXX, 126).

(5) In questo senso: Cass. Napoli, 8 gennaio 1897 (*Giur. It.*, 1897, 204).

Digitized by Google

al giudicato. Eppure non mancano decisioni che abbiano sostenuto simile assurdo.

Fu ritenuto in sede penale che una contusione avesse prodotto inabilitazione al lavoro per oltre trenta giorni; in sede civile si voleva dimostrare che l'inabilitazione fosse stata invece permanente. La Corte di Messina ritenne ostare la sentenza penale (1); non così la suprema Corte torinese (2). E parimenti sarebbe ingiusto di stare ciecamente al giudicato penale, che abbia ritenuto inguaribile l'offeso, quando si possa in sede civile dimostrare che la guarigione abbia avuto luogo (3). Trattasi sempre della valutazione del danno, della estensione del medesimo; il giudicato penale non può venire menomato, ma il danno dev'essere risarcito nella misura in cui siasi verificato.

21. Il giudicato penale costituisce titolo non solo pel risarcimento del danno, ma per conseguire tutto ciò che alla parte lesa fosse stato tolto. Forma titolo quindi per ottenere la restituzione delle cose rubate o sottratte (4). Ma se con apposita statuizione venga respinta la domanda di risarcimento di danno, e contro la relativa sentenza non siasi interposto appello, l'azione civile non può ulteriormente essere esercitata per ostacolo del giudicato (5).

CAPITOLO XXII.

EFFICACIA CHE NEI GIUDIZII CIVILI POSSONO SPIEGARE LE PROVE RACCOLTE NEI GIUDIZII PENALI.

1. *Efficacia riconosciuta dalla prevalente patria giurisprudenza alle prove raccolte nei giudizii penali.*
2. *Ipotesi diverse nelle quali or si è affermata ed or negata l'applicabilità del principio anzidetto.*

---

(1) Decis. 30 agosto 1882 (*F. Mess.*, 1882, 165).

(2) Decis. 24 luglio 1883 (*Legge*, 1883, 2, 806); 14 ottobre 1890 (*Giur. It.*, 1901, 246).

(3) Genova, 30 novembre 1895 (*Giur.*, 1895, 495).

(4) Torino, 23 dicembre 1878 (*La Giur.*, 1879, 256).

(5) Cassaz. Roma. 22 marzo 1899 (*Giur. It.*, 1899, 589).

Digitized by Google

3. Continua.
4. Sistema seguìto dalla legge positiva.
5. Continua.
6. Continua. Efficacia delle perizie che nel giudizio penale abbiano determinato l'ammontare del danno.
7. Inefficacia delle prove nei casi di annullamento del giudicato penale e di amnistia.

1. Dopo quanto abbiamo esposto sulla efficacia del giudicato penale, riesce agevole il discorrere dell'efficacia che nel giudizio civile possono esercitare le prove raccolte nelle istruttorie e nei giudizi penali.

Ogni giurisdizione procede all'accertamento dei fatti nella maniera che per legge le si convenga; ma il fatto accertato nei modi e colle garanzie volute dalla legge, tale deve rimanere nella sua essenza, qualunque si fosse l'autorità innanti la quale lo si voglia far valere. Nessun dubbio dovrebb'essere pei fatti accertati con giudicato penale irrevocabile, e la giurisprudenza ha riconosciuto tale principio (1) quantunque non abbia mancato talvolta di negarlo.

2. Si è affermato in maniera abbastanza recisa che le prove raccolte nel giudizio penale non si possono far valere in civile (2) — ovvero, che non possono valere se non come semplici presunzioni (3), o come semplici indizii (4), senza che per nulla rimanga vincolato l'apprezzamento del giudice civile (5), potendo questi tenere in quel conto che

---

(1) Roma, 28 novembre 1883 (*T. Rom.*, 1883, 660); Cassaz. Napoli 12 dicembre 1882 (*Giur. It.*, 1883, 113); Catania, 12 marzo 1883 (*Riv. Pen.*, XVIII, 270); Cassaz. Napoli, 16 ottobre 1883 (*Gazz. Proc.*, XVIII, 559); Cassaz. Palermo, 14 dicembre 1886 (*Circ. Giur.*, 1887, 155); Brescia, 16 febbraio 1892 (*F. It.*, 1892, 1, 325); Cassaz. Firenze, 9 maggio 1895 (*Dir. e Giur.*).

(2) Catania, 6 settembre 1889 (*Giur. It.*, 1890, 115); Genova, 30 dicembre 1902 (*T. Gen.*, 1903, 21); Palermo, 10 novembre 1904 (*Circ. Giur.*, 1904, 263).

(3) Genova, 6 agosto 1901 (*Legge*, 1901, 2, 697); 6 novembre 1903 (*T. Gen.*. 1903, 654).

(4) Cagliari, 3 febbraio 1905 (*G. Sarda*, 1905, 135).

(5) Torino, 13 febbraio 1903 (*La Giur.*, 1903, 220); Venezia, 5 febbraio 1905 (*F. It.*, 1905, 1, 576).

Digitized by Google

gli piaccia i documenti acquisiti al processo penale sui medesimi fatti (1). Ammettesi però che nel giudizio di liquidazione si possano consultare i verbali di dibattimento, nessuna disposizione di legge avendone fatto divieto (2).

3. Su taluni punti però la giurisprudenza ha dovuto essere concorde. Così, alla confessione fatta dall'imputato negli interrogatorii, ha dovuto riconoscere ora l'efficacia di piena prova, ora quella di un principio di prova (3), e malgrado la prescrizione dell'azione penale (4). Ma perchè negare ogni valore, p. es., ad una perizia calligrafica che dal giudice istruttore fosse stata ordinata? (5). E perchè le prove testimoniali senza le forme del rito civile non dovrebbero avere forza probatoria? (6).

4. È necessario assorgere ad un principio generale che faccia eliminare ogni arbitrio nell'apprezzamento delle prove raccolte nel giudizio penale, e questo principio non può essere se non quello di attribuire piena efficacia alle dette prove. Avendo il legislatore attribuito alla giurisdizione penale la potestà di pronunziare anche in materia civile, bisogna riconoscere pienezza di giurisdizione nelle statuizioni d'indole civile. L'art. 848 proc. pen. stabilisce che

---

(1) Cass. Roma, 5 luglio 1895 (*Legge*, 1895, 2, 434).

(2) Cass. Napoli, 18 ottobre 1883 (*Gazz. Proc.*, XVIII, 459); Catania, 15 agosto 1898 (*Riv. Dog.*, 1898, 199); Torino, 26 settembre 1898 (*La Giur.*, 1898, 573); Cass. Firenze, 16 febbraio 1899 (*T. Ven.*, 1899, 185); Cassaz. Napoli, 21 gennaio 1899 (*F. Nap.*, 1899, 173); Cassaz. Roma, 22 febbraio 1901 (*Giur. It.*, 1901, 483); Cass. Torino, 7 luglio 1902 (*La Giur.*, 1902, 1225); Cassaz. Roma, 22 aprile 1902 (*Legge*, 1902, 1, 722) quand'anche annullato il dibattimento; Cass. Palermo, 15 marzo 1904 (*C. Giur.*, 1904, 263).

(3) Trani, 4 luglio 1888 (*Riv. Trani*, 1888, 856); Cassaz. Napoli, 30 aprile 1889 (*Dir. e Giur.*, V, 199); Aquila, 31 marzo 1888 (*F. Abruzz.*, 1889, 10); Cass. Roma, 16 luglio 1894 (*Giur. It.*, 1894, 942); Cass. Palermo, 15 aprile 1899 (*F. Sic.*, 1899, 613).

(4) Cass. Roma, 13 agosto 1894 (*C. S. Rom.*, 1894, 2, 333); Bologna 8 febbraio 1895 (*Mon. Bol.*, 1895, 132).

(5) Trani, 3 agosto 1894 (*Riv. Trani*, 1894, 370).

(6) Bologna, 30 agosto 1886 (*Filangieri*, 1887, 53).

Digitized by Google

ogni qualvolta per l'accertamento dei reati debba provarsi l'esistenza dei contratti da cui dipendono, si ammetterà a questo fine, in un con le altre prove, anche la prova testimoniale qualora fosse ammessibile a termine delle leggi civili. Ciò include che il giudice penale possa conoscere dei contratti e della loro validità, e che innanti a lui possano esaurirsi tutte le prove ammesse dalla legge civile e da quella commerciale, nei limiti in cui dai rispettivi codici sono ammesse. La sola differenza consiste in ciò che non possono applicarsi le disposizioni del Codice di procedura civile per l'esaurimento delle prove. Può dubitarsi se questo sistema sia razionale e lo sia ancora il disposto dell'art. 33 proc. pen.; ma è il sistema della nostra legge. Ora, se le prove di qualsiasi specie ed a qualsiasi fine vengono raccolte da un magistrato che abbia piena giurisdizione a ciò fare, non è logico che esse debbano avere piena forza probante, nel successivo giudizio civile, e che non debba essere lecito d'insorgere contro le medesime, come non è lecito insorgere contro il giudicato? E s'insorge, senza dubbio, contro il giudicato quando non si tenga conto delle prove in base alle quali venne emesso, o si pretenda inficiare le dette prove sol perchè non esaurite colle forme della procedura civile. Non è strano, p. es., che dopo aver provato una convenzione mercè testimoni, al fine dell'accertamento di un reato, si opponesse, nel successivo giudizio civile, che a quella prova non debbasi attribuire alcuna efficacia perchè non esaurita conforme alle disposizioni del rito civile?

5. A queste ed altre stranezze si va incontro quando si smarrisce il principio generale che deve illuminarci nei singoli casi. Errore gravissimo reputiamo il non ritenere la piena efficacia delle prove raccolte nel giudizio penale, ed il ritenerle come semplici presunzioni o come semplici indizi. Ogni prova deve avere l'efficacia che la legge le attribuisce, perchè rappresenta l'accertamento di fatti eseguito da chi aveva potestà a farlo; rappresenta il vero giuridico, sul quale il magistrato, penale o civile, abbia fondata la sua statuizione. È illogico, è strano che ciò che

Digitized by Google

si è costretti a ritenere come verità attestata da un giudicato penale irrevocabile possa ritenersi non vero in sede civile, sia dal condannato o dalla parte lesa.

Non mancano decisioni che abbiano reso pieno omaggio al principio che affermiamo. La suprema Corte torinese negò potersi, in sede civile, invocare fatti che sentenze od ordinanze irrevocabili abbiano escluso (1); invece la Corte d'appello di Palermo annuncia potersi con altre prove ritornare sui medesimi fatti (2). La Corte di Genova ritiene inammessibili prove tendenti a modificare la colpabilità del condannato od a modificare il titolo del reato per cui ebbe luogo la condanna (3); invece, secondo la Cassazione fiorentina, il danneggiato può in sede civile insorgere contro le proprie dichiarazioni fatte in sede penale (4), il che è una stranezza. La Corte di Bologna nega potersi ammettere, in civile, la prova testimoniale per distruggere i fatti accertati in penale e sui quali poggia il giudicato penale (5), mentre la suprema Corte napoletana ritiene la libertà assoluta in sede civile di valutare le prove, e quindi la possibilità legale di ammetterne altre (6).

6. Un punto speciale richiama però la nostra attenzione, ed è quello dell'efficacia da attribuirsi alle perizie eseguite nei giudizi penali e relative alla determinazione della entità del danno. È stato ritenuto che tali perizie non vincolino il magistrato nel giudizio di liquidazione dei danni (7), e con ragione, perchè non avendo il magistrato penale pronunziato condanna ai danni se non in genere, il giudizio di liquidazione conviene che sia espletato con tutti quei mezzi legali di cui può disporsi per l'accertamento del danno. La perizia eseguita nel giudizio penale non è un

---

(1) Decis. 15 settembre 1905 (*La Giur.*, 1905, 1434).
(2) Decis. 12 luglio 1905 (*F. Sic.*, 1905, 593).
(3) Decis. 14 settembre 1905 (*Giur. It.*, 1906, 20).
(4) Decis. 23 marzo 1899 (*Legge*, 1899, 2, 43).
(5) Decis. 7 aprile 1902 (*F. Bol.*, 1902, 66).
(6) Decis. 6 settembre 1899 (*F. Nap.*, 1900, 43).
(7) Cagliari, 3 dicembre 1896 (*Giur. It.*, 1897, 122); 22 luglio 1899 (*G. Sarda*, 1899, 255); Cass. Palermo, 2 maggio 1899 (*Giur. It.*, 1899, 681).

Digitized by Google

fatto accertato e che sia servito di base alla pronunzia del magistrato penale; nulla prova riguardo all'entità del danno medesimo; prova che un danno sia esistito e ritenuto dal magistrato predetto e non altro. Di conseguenza è logico ammettere che, procedendosi alla liquidazione, le parti abbiano diritto di discutere sull'entità del danno, ed occorrendo invocare tutte quelle istruzioni che si rendano necessarie per conseguire lo scopo anzidetto.

7. Annullata la sentenza penale, non possono invocarsi le prove raccolte nel relativo giudizio (1); lo stesso nel caso di amnistia che sopravvenga nello stadio di appello (2). Venendo meno l'efficacia del giudicato, vien meno anche quella di ciò su cui il giudicato medesimo poggiava.

---

(1) Catania, 2 giugno 1905 (*G. Cat.*, 1905, 132).
(2) Palermo, 11 luglio 1902 (*F. Sic.*, 1902, 397).

FINE.

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE

CAPITOLO I.

DEGLI ATTI GIURIDICAMENTE ILLECITI.

1. Quando il fare o il non fare è causa di responsabilità civile. *Pag.* 1
2. Del danno *injuria datum* . . . . . » 3
3. Il delitto civile ed il quasi delitto . . . . . » 4
4. Dell'omissione di fare ciò che si aveva obbligo di fare. . » 6
5. L'atto giuridicamente illecito produce la *lesione* del diritto altrui. Delle vie di fatto senza violenza . . . . . » 9
6-7. Vie di fatto per esercitare il possesso . . . . . » 11
8. Nessun diritto può esercitarsi con *abuso* . . . . . » 13
9-10. Del danno commesso per tutelare la propria incolumità o per la conservazione delle cose nostre . . . . . » 14
11-12-13-14-15-16-17-18-19-20-21-22. Degli atti emulativi. Esposizione e critica della dottrina che nega il risarcimento del danno cagionato da tali atti . . . . . » 18

CAPITOLO II.

IL DELITTO CIVILE.

1. Il delitto civile. Teoria odierna che pretende negarlo . *Pag.* 43
2-3-4-5-6-7-8-9-10. Esame critico della teoria del Brunetti . . » 43
11. Distinzione fatta dagli odierni scrittori tra il delitto civile e quello penale . . . . . » 70

CAPITOLO III.

IL QUASI DELITTO.

1. Del quasi delitto. Inutilità della critica fatta all'uso della detta espressione . . . . . *Pag.* 74
2. Applicazione della legge aquilia anche al danno derivante da omissioni . . . . . » 77
3. L'omissione colposa del dovere giuridico dà luogo alla *injuria* e quindi al risarcimento del danno . . . . . » 78

Digitized by Google

4-5. Esame di un'opinione del Ferrini a proposito della colpa *in omittendo* . . . . . *Pag.* 78
5 bis-5 ter-5 quat. Critica della teoria del predetto scrittore sull'entità della colpa aquiliana . . . . . » 82
6-7-8-9-10. La colpa è l'elemento essenziale del quasi delitto. Critica degli argomenti addotti dal prof. N. Coviello in sostegno della teoria sulla responsabilità senza colpa . » 87
11-12. Indole della disposizione del Codice civile germanico sull'obbligo del risarcimento quando l'autore del danno non era stato in colpa. Se possa accogliersi il principio nel nostro diritto . . . . . » 99
13-14-15-16-17-18-19-20-21-22-23. Esame critico della nuova teorica del prof. V. E. Orlando sul fondamento giuridico della responsabilità . . . . . » 102
24-25. Il danno è elemento essenziale del quasi delitto. Critica della teoria contraria sostenuta dal Chironi . . . . » 123
26-27. Critica degli argomenti addotti dal Minozzi in sostegno della teoria predetta . . . . . » 126
28. Ancora sugli argomenti addotti dal Chironi in favore della sua teoria . . . . . » 129
29. Il danno debb'essere provato in maniera specifica. Condanna generica al risarcimento . . . . . » 132
30. Dev'essere conseguenza diretta della colpa . . . . . » 133
31. Preoccupazioni del Giorgi per la distinzione tra la colpa contrattuale e quella extracontrattuale . . . . . » 133
32. Può esservi concorso di colpa contrattuale ed extracontrattuale? Esame di taluni concetti del Giorgi . . . . . » 135
33. Continua. Si esclude il concorso anzidetto . . . . . » 137
34. Il risarcimento del danno non può proporzionarsi all'entità della colpa aquiliana . . . . . » 138
35. Critica della teoria del Chironi sul criterio di valutazione della colpa . . . . . » 138
36. Continua. Il *bonus parterfamilias* . . . . . » 139
37-38-39-40-41-42. Qualunque colpa, per quanto lieve, implica l'obbligo del risarcimento, ed il giudice non può esercitare potere moderatore . . . . . » 141
43. Di quale colpa risponde il temerario litigante. Diritto romano. Diritto intermedio. Diritto odierno . . . . . » 149
44. Opinione dei patrii scrittori sul requisito necessario a costituire la temerarietà della lite . . . . . » 151
45. Responsabilità che si assume per la leggerezza o la reticenza nel dare informazioni o spargere notizie . . . . . » 154
46-47-48-49. Responsabilità del querelante nei casi di assoluzione dell'imputato . . . . . » 156
50. Continua. *Quid* se la denunzia fosse stata fatta da un pubblico funzionario? . . . . . » 161

Digitized by Google

51. Continua. *Quid* se l'assoluzione abbia avuto luogo per non provata reità? . . . . . *Pag.* 161
52. Continua. *Quid* se abbia avuto luogo per inesistenza di reato? » 162
53. Effetti della remissione della querela nei reati di azione privata . . . . . » 162
54. Imputabilità nei delitti e quasi delitti. Età. Stato di mente » 162
55. Continua. Delle persone inabilitate . . . . . » 164
56. Continua. *Quid* pel danno commesso nello stato di ebbrezza? » 164
57. Come debb'essere inteso il principio che non iscusa l'ignoranza delle cose che si debbono sapere . . . . . » 164
58-59. Colui che prevede l'evento dannoso e prende tutte le possibili precauzioni, è responsabile del danno che può accadere? » 166
60-61. Responsabilità di chi faccia procedere a sequestro conservativo . . . . . » 169
62. Continua. Critica di un'opinione del Chironi . . . . . » 170
63. Continua. Revocato il sequestro per difetto di causa, è a presumersi la colpa del sequestrante? . . . . . » 171
64. Responsabilità nel caso che le cose sequestrate, invece che al debitore appartengano a terzi e nel caso di pegnoramento annullato . . . . . » 172
65. Responsabilità di chi provochi una dichiarazione di fallimento » 172
66-67. Responsabilità che si assume per l'esecuzione provvisoria delle sentenze . . . . . » 173
68. Responsabilità nell'esecuzione delle sentenze suscettive di ricorso in Cassazione . . . . . » 175
69. Continua. Si respinge un'opinione del Chironi . . . . » 176
70. Responsabilità nel caso di annullamento di un'iscrizione ipotecaria . . . . . » 177
71. Responsabilità nel caso che sia stata eseguita una convenzione nulla. Responsabilità del creditore espropriante . » 177
72. Responsabilità in materia di protesti cambiarii . . . . » 178
73. Responsabilità di chi abbia ottenuto la sospensione delle opere intraprese dal vicino . . . . . » 179
74. Il caso fortuito e la forza maggiore escludono la responsabilità . . . . . » 180
75-76. Continua. Non però quando siano stati preceduti dal fatto colposo dell'uomo . . . . . » 181
76 *bis*. Fatti colposi che implicano la responsabilità civile quantunque tollerati dalle leggi di pubblica sicurezza o autorizzati dalle autorità amministrative . . . . . » 184
76 *ter*-76 *quat*-76 *quin*. Del danno che può essere prodotto dagli stabilimenti industriali . . . . . » 185
76 *sex*. L'impianto di una casa di prostituzione può dar luogo a risarcimento di danno in favore dei proprietarii di case limitrofe? . . . . . » 190
77-78-79-80-81-82. Il quasi delitto può avere natura commerciale? Critica della dottrina che ha ritenuto l'affermativa . . » 191

Digitized by Google

CAPITOLO IV.

DEL DANNO PATRIMONIALE.

1. Natura del danno derivante da delitto o quasi delitto. Inapplicabilità degli articoli 1125 a 1129 Codice civile al risarcimento del danno predetto . . . . . *Pag.* 203
2. Continua. Il danno dev'essere risarcito per intiero . . . » 205
3. Inapplicabilità dell'art. 1231 Codice civile al danno derivante da delitti e quasi delitti . . . . . » 206
4-5-6. Da qual giorno debbano decorrere gl'interessi sulle somme, al pagamento delle quali sia condannato l'autore del danno » 206
7. Il danno ha dovuto aver luogo o esser certo che si verificherà » 208
8. Ipotesi in cui il danno abbia carattere continuativo o in cui venga ad aggravarsi . . . . . » 209
9. Il risarcimento si estende al danno immediato o mediato, preveduto o impreveduto. . . . . » 210
10. Il danno patrimoniale non può essere liquidato *arbitratu boni viri*. . . . . » 211
11. E non si può tener conto della condizione economica dell'offensore e dell'offeso . . . . . » 211
12. E nemmeno della probabilità di aumento del patrimonio dell'offeso . . . . . » 211
13. E nemmeno della gravità dell'offesa e della colpa . . . » 213
14. Nè tampoco del valore di affezione delle cose. . . . . » 213
15. Si può ordinare dal giudice la restaurazione della cosa danneggiata oltre la condanna ai danni-interessi . . . . » 214
16. L'indennizzo può essere determinato in una somma capitale o in un'annua rendita . . . . . » 214
17-18. Critica di un'opinione del Chironi che ammette la validità della liquidazione convenzionale del danno anteriormente al fatto illecito . . . . . » 215
19. Indole dell'apprezzamento sulla esistenza e la misura del danno. . . . . » 217
20. Liquidazione del danno in seguito a condanna giuridica. » 217

CAPITOLO V.

DEL DANNO MORALE.

1. Il danno morale contemplato dagli scrittori francesi sulle orme del Rauter. . . . . *Pag.* 220
2. Sviluppo che alla teoria del danno morale fu dato dal Melchiorre Gioja . . . . . » 222
3. Sviluppo dato alla predetta teoria dagli scrittori francesi estendendo il risarcimento del danno sofferto pei patemi d'animo . . . . . » 224

Digitized by Google

4-5-6-7. Scrittori patrii che accettano il principio del risarcimento pel danno morale. Critica della teoria contraria sostenuta dal Gabba . . . . . *Pag.* 225
8. Continua. Inesattezze del Chironi e del Minozzi . . . . » 234
9-10-11-12-13-14. Si risponde a talune obbiezioni desunte dalla impossibilità di determinare l'equivalenza tra il danno ed il risarcimento . . . . . » 236
15. La patria giurisprudenza ha ammesso il risarcimento del danno morale nella maniera più estesa . . . . . » 246
16. Quando il danno morale si ripercuote sopra persone della famiglia. Principio ammesso dalle leggi romane . . . » 247
17-18. Continua. Applicazione che ne hanno fatto la dottrina e la giurisprudenza . . . . . » 249
19. Non si può ricorrere per analogia alle disposizioni che regolano il diritto alimentare . . . . . » 251
20. Si può ricorrere a quanto dispone l'art. 400 del Codice penale? » 252
21. Casi diversi in cui è stato dalla giurisprudenza ammesso il risarcimento del danno morale . . . . . » 254
22. La donna sedotta con promessa di matrimonio ha diritto a risarcimento contro il seduttore? Dottrina e giurisprudenza in Francia ed in Italia nel senso affermativo . . . . » 255
23. Decisione della Suprema Corte siciliana che nega l'azione » 257
24. Entro quali limiti di ragione dev'essere riconosciuta l'azione sopra menzionata . . . . . » 259
25. Continua. Critica fatta agli argomenti del Bertauld e ripetuti dal Gabba contro l'ammessibilità della detta azione . » 260
26. È negata quando la relazione tra l'uomo e la donna abbia avuto carattere adulterino . . . . . » 262
27-28-29. *Quid* se il matrimonio non possa aver luogo per causa non imputabile al seduttore? . . . . . » 262
30. Il seduttore può essere scusato da ragioni a lui personali? » 266
31. *Quid* se dopo celebrato il matrimonio religioso si neghi di celebrare quello civile? . . . . . » 267
32. Ipotesi di ratto violento . . . . . » 267
33-34. Ipotesi in cui il matrimonio sia stato annullato per violenza di consenso; può l'altro coniuge reclamare il risarcimento per danno morale? . . . . . » 268
35. *Quid* se il matrimonio venga risoluto a causa d'impotenza del coniuge? . . . . . » 270
36. L'occultamento di gravidanza, che è motivo di separazione personale può dar luogo a risarcimento di danno morale verso il marito? . . . . . » 270
37-38-39. Può ammettersi un danno morale che tragga origine da colpa contrattuale? . . . . . » 270
40. L'impugnazione per simulazione o frode può dar luogo a risarcimento di danno morale nel caso l'impugnazione venga respinta . . . . . » 274

Digitized by Google

41. Il danno morale può essere prodotto anche da colpa aquiliana . . . . . *Pag.* 275
42. Può essere risentito dalle persone giuridiche? . . . . » 276
43. L'azione di risarcimento per danno morale non è trasmessibile agli eredi dell'offeso. . . . . » 276
44. Non può essere esercitata dai creditori dell'offeso . . . » 277
45. Può sperimentarsi contro gli eredi dell'offensore. . . . » 277
46. La valutazione del danno va fatta *arbitratu boni viri* . » 278
47. Non occorre prova specifica del danno morale . . . . » 278
48. Criterii seguiti dalla giurisprudenza nella determinazione del risarcimento del danno morale . . . . . » 279
49. La costituzione di parte civile può aver luogo pel solo risarcimento del danno morale; il quale risarcimento può essere chiesto anche in sede civile . . . . . » 279
50. Il diritto al risarcimento per danno morale può essere ceduto? » 280
51-52-53-54. Indole della disposizione dell'art. 38 del Codice penale » 280
55. Conseguenze che derivano dal carattere penale della disposizione predetta . . . . . » 284
56. Il diritto di proporre querela, nell'ipotesi dell'art. 400 Codice penale, implica anche quello di domandare la riparazione d'ingiuria? . . . . . » 285
57-58. L'art. 398 del Codice penale esclude l'azione di risarcimento di danno? . . . . . » 285

CAPITOLO VI.

DELLA SOLIDARIETÀ PEL RISARCIMENTO DEL DANNO IMPUTABILE A PIÙ PERSONE.

1. Solidarietà pel risarcimento del danno derivante da delitti e quasi delitti . . . . . *Pag.* 288
2-3-4. Requisiti necessarii perchè la solidarietà possa aver luogo » 289
5. Può l'accusato assolto ritenersi obbligato in solido col condannato pel risarcimento del danno? . . . . . » 293
6-7-8. Le persone civilmente responsabili sono anch'esse obbligate in solido cogli autori del danno? . . . . . » 294
9. Responsabilità solidale dei complici dello stesso reato . » 297
10-11. *Quid* se la sentenza di condanna abbia omessa la solidarietà? . . . . . » 298
12. È ammessibile che la sentenza determini la quota dovuta da ciascuno dei condannati in solido? . . . . . » 301
13-14. Esercitando l'azione di regresso, i responsabili saranno tenuti a quote eguali, ovvero si dovrà tener conto del grado di responsabilità di ciascuno? . . . . . » 302
15. *Quid* nell'ipotesi di più responsabili per quasi delitto? . » 305
16. Il responsabile civile non può avere azione solidale contro gli autori del reato? . . . . . » 305

Digitized by Google

17. Azione di regresso che possono esercitere le persone civilmente responsabili . . . . . *Pag.* 306
18. Per esercitare l'azione di regresso occorre di avere soddisfatto l'intiero . . . . . » 306

CAPITOLO VII.

COMPENSAZIONE DELLA COLPA.

1. Si riconosce il principio della compensazione della colpa attraverso le sottigliezze ed astrusità della dottrina . . *Pag.* 307
2-3-4-5-6. Com'è stato determinato ed applicato il principio della compensazione della colpa . . . . . » 308
7. *Quid* se oltre la colpa del danneggiante e del danneggiato sia concorsa anche quella di altre persone? . . . . . » 312
8. Non occorre che la colpa sia di pari grado. Non può aver luogo compensazione tra colpa e dolo . . . . . » 312
9. In materia d'ingiurie la compensazione può farsi valere in sede civile . . . . . » 313

CAPITOLO VIII.

DELLA PROVA DEL DELITTO E DEL QUASI DELITTO.

1. Chi allega il fatto doloso o colposo deve dare la piena prova del fatto e della colpa dell'agente . . . . . *Pag.* 314
2. L'attore deve dimostrare l'elemento soggettivo dell'imputazione. Errore del Chironi . . . . . » 315
3. Inesatto concetto del Giorgi sulla prova della colpa quando questa si dice in *re ipsa*. . . . . » 316
4-5. Inesattezze nelle quali è incorsa talvolta la giurisprudenza nella detta ipotesi . . . . . » 318
6-7-8. L'autore del quasi delitto può essere ammesso a provare che il danno avrebbe potuto essere evitato da colui che lo abbia sofferto? . . . . . » 321

CAPITOLO IX.

RESPONSABILITÀ PER FATTO ALTRUI O INDIRETTA. RESPONSABILITÀ DEI GENITORI, TUTORI, ISTITUTORI OD ARTIGIANI.

1. La presunzione di responsabilità per fatto altrui trova la sua ragion d'essere nella colpa per fatto proprio . . . *Pag.* 326
2. Persone civilmente responsabili secondo l'art. 1153 del Codice civile. La disposizione è di stretta interpretazione . . » 326
3. Si può talvolta rispondere del fatto altrui senza presunzione di colpa . . . . . » 327
4. Ragioni che determinano la responsabilità dei genitori e dei tutori . . . . . » 327

Digitized by Google

5. Severità del diritto consuetudinario francese mitigata dal Codice civile . . . . . *Pag.* 329
6. La responsabilità del genitore è conseguenza della patria potestà. Quali figli s'intendono compresi nella generica disposizione della legge . . . . . » 329
7. *Quid* nel caso di separazione personale? . . . . . » 330
8. *Quid* se il danno sia stato commesso dal figlio naturale prima del riconoscimento? . . . . . » 332
9. Del danno commesso dai figli incestuosi o adulterini. Ipotesi di risarcimento eseguito dal genitore che non era coniugato » 333
10. *Quid* se il minore sia emancipato . . . . . » 334
11-12. *Quid* se il minore fosse stato in età da non potere agire con discernimento? . . . . . » 336
13. Cessa la presunzione di responsabilità quando il figlio diventa maggiorenne. Responsabilità nella quale possono tuttavia incorrere i genitori. Responsabilità del coniuge . . . » 338
14. Può sorgere responsabilità dal fatto di estranei che abitino con noi? . . . . . » 339
15-16. Quando la responsabilità civile incomba sulla madre . » 340
17. Ipotesi di assenza temporanea del padre o di altro impedimento di fatto . . . . . » 342
18-19-20. Si può ammettere la responsabilità della madre durante l'infanzia della prole? . . . . . » 343
21. *Quid* se la madre abbia perduta l'amministrazione dei beni dei figli per non avere ottemperato all'art. 237 del Cod. civ.? » 345
22. *Quid* nel caso di assenze quotidiane del padre per ragione d'impiego? *Quid* se il padre sia in prigione o in esilio? » 345
23. Requisito della coabitazione. Ipotesi diverse . . . . . » 346
24-25. *Quid* se il figlio abbia abbandonato la casa paterna sfuggendo alla sorveglianza del padre? . . . . . » 347
26-27. Della prova contraria di non avere potuto impedire il fatto dannoso . . . . . » 349
28-29-30. Continua. Esempi che offre la giurisprudenza . . . » 351
31. Influenza che può esercitare sulla responsabilità del genitore il non aver saputo educare e correggere il figlio . . . » 353
32. Lo stesso pei precettori ed artigiani . . . . . » 354
33. Influenza che può esercitare la prova dei buoni precedenti del figlio . . . . . » 355
34. Come dev'essere intesa la sorveglianza che il genitore deve esercitare sul figlio . . . . . » 355
35-36. Il figlio che abbia agito con discernimento è responsabile del danno. Conseguenze di questo principio . . . . . » 356
37. Responsabilità dei tutori, dei precettori e degli artigiani » 358
38. Continua. Rispondono le dette persone anche del danno commesso dagli allievi maggiorenni? . . . . . » 360
39. Azione di regresso che possono esercitare i precettori e gli artigiani . . . . . » 362

Digitized by Google

CAPITOLO X.

RESPONSABILITÀ DEI PADRONI E COMMITTENTI.

1-2. Della commissione o preposizione. In che differisca dal mandato e dalla locazione d'opera . . . . . *Pag.* 365
3-4. Continua. Il locatore d'opera non rappresenta il conduttore. Erronea teoria del Chironi . . . . . » 367
5-6. Continua. Opinioni erronee sulla pretesa rappresentanza nel locatore d'opera . . . . . » 368
7-8-9-10-11. Inesattezze sulla vera figura giuridica della commissione . . . . . » 371
12-13. Continua. Di nuovo sulla erronea dottrina del Chironi riguardo alla pretesa rappresentanza dei locatori d'opera » 378
14. Continua. Critica della dottrina del Chironi fatta dal Bolaffio » 382
15. Continua. Inesattezze della critita del Bolaffio . . . . » 383
15 *bis*. Teoria del Giorgi e del Ferrini sulla commissione . . » 384
15 *ter*.-15 *quat*. Continua. Teoria del Ferrini sulla presunzione di responsabilità dei padroni e committenti. . . . . » 387
16-17. Si risale al concetto riformatore del Codice francese sulla responsabilità per fatto altrui . . . . . » 391
18. Continua. Dottrina classica sulla colpa *in eligendo* . . . » 392
19. Erronea teoria del Chironi sull'applicazione del concetto di rappresentanza insieme a quello della colpa *in vigilando* o *in eligendo* . . . . . » 394
20. Come il sistema del codice riesca a conseguenze ingiuste » 396
21. La prova della buona scelta è stata negata dalla giurisprudenza . . . . . » 396
22. Necessità di ben determinare la figura giuridica del committente. Imprenditori e cottimisti . . . . . » 397
23. Di una erronea e contraddittoria decisione della Suprema Corte romana riguardo alla figura giuridica dell'appalto » 399
24. Quando assumono responsabilità l'appaltante e l'appaltatore » 400
25-26. Quando si assume la qualità di commesso. Decisione della Corte di Lucca riguardante la qualifica da attribuirsi alle guardie campestri . . . . . » 401
27-28. I sanitari dei brefotrofii ed altri ospizii di beneficenza sono commessi di tali enti? Quistione agitata a proposito del danno sofferto dalle nutrici per malattia sifilitica degli infanti. Teoria del Gabba . . . . . » 403
29. Continua. Critica della teoria del Gabba. . . . . » 405
30. Perplessità della giurisprudenza sulla responsabilità degli ospizii . . . . . » 407
31. I sanitarii degli ospizii sono locatori d'opera e non commessi. Erronea opinione del Chironi . . . . . » 408
32-33. Quando la responsabiltà della direzione ospitaliera è coinvolta con quella dei sanitarii . . . . . » 409

Digitized by Google

34. I direttori di manicomii sono responsabili del danno che possono commettere i mentecatti? Erroneo principio ammesso dal Chironi . . . . . *Pag.* 411
35. Responsabilità dei direttori di scuola per le ingiurie recate dai maestri agli allievi. Erroneo principio ammesso dal Chironi . . . . . » 412
36. Il fittaiuolo è commesso del locatore . . . . . » 413
37-38. Il fatto dannoso dev'essere consumato dai commessi nell'esercizio delle incombenze. *Quid* se vi sia trasgressione d'ordine o se il fatto costituisca reato? . . . . . » 414
39-40-41-42. Il danno può essere cagionato in occasione delle incombenze. Ipotesi diverse e moderazione richiesta nella applicazione del principio di responsabilità dei padroni e committenti . . . . . » 416
43. La commissione può aver luogo per singoli affari . . . » 421
44. La permanenza del servigio non implica che si agisca esercitando la funzione. . . . . » 421
45. I padroni e committenti non possono distruggere la presunzione stabilita dalla legge contro di essi . . . . . » 422
46. Che cosa deve provare il danneggiato. . . . . » 422
47. I padroni e committenti possono eccepire il delitto o il quasi delitto del danneggiato?. . . . . » 423
48. Continua. Dottrina del Carrara . . . . . » 424
49. Continua. Esempi che offre la giurisprudenza . . . . . » 425
49 *bis*. Dottrina del Ferrini sulla compensazione della colpa opposta dai padroni e committenti . . . . . » 426
50-51. Ipotesi in cui il commesso o il domestico abbiano agito per ordine del committente o del padrone . . . . . » 428
52. I proponenti possono esercitare azione contro i preposti? » 430
53-54-55. Possono esercitarla i preposti contro i preponenti? » 431
56. Responsabilità dei capitani di nave e degli armatori . . » 433
57. Continua. Danno recato alle persone dell'equipaggio . . » 434
58. Continua. Responsabilità nel caso di urto di navi . . . » 435
59. Continua. Danno recato da una persona dell'equipaggio all'altra . . . . . » 436
60. Continua. Infortunii nel carico e discarico delle merci. Ritardo per vizii della nave . . . . . » 437
61. Continua. Prova del caso fortuito e della forza maggiore » 437
62. La colpa del vettore è contrattuale . . . . . » 437
63. I pubblici funzionarii non possono considerarsi commessi di coloro che li adibiscono . . . . . » 438
64. Quando il committente risponde del danno consumato dalle persone adibite dai preposti . . . . . » 438
65. Ipotesi in cui il commesso sia irresponsabile per età od altro motivo. Erronea dottrina del Chironi sulla responsabilità del committente . . . . . » 438
66. L'amministratore di società è un preposto? . . . . . » 438

Digitized by Google

CAPITOLO XI.

DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DERIVANTE DAL CONTRATTO DI LAVORO.

1. Necessità economica della locazione d'opera o contratto di lavoro . . . . . *Pag.* 440
2. Preconcetti teorici sulla responsabilità dei conduttori d'opera » 441
3. La responsabilità del conduttore può verificarsi quando appresti le condizioni immediate di lavoro . . . . . » 443
4. E di conseguenza esso non può rispondere che di colpa contrattuale . . . . . » 444
5. Critica di taluni argomenti addotti per sostenere la presunzione di colpa contro il conduttore d'opera . . . . . » 445
6. Divergenze nella patria giurisprudenza sull'indole della colpa del conduttore d'opera . . . . . » 447
7-8. Critica delle teorie dei patrii scrittori sulla responsabilità dei conduttori d'opera e sulla prova della colpa. Teoria del Rissetti . . . . . » 448
9-10. Teoria del Chironi . . . . . » 452
11-12. Teoria del Gabba . . . . . » 454
13-14-15. Responsabilità dei vettori . . . . . » 456
16. Teorie del Rissetti e del Nougier sulla responsabilità dei vettori . . . . . » 460
17-18-19. Critica alle teorie dei predetti scrittori . . . . . » 461
20-21. Si esclude che nell'esecuzione del contratto di trasporto di persone possa esservi concorso di colpa contrattuale e di colpa aquiliana . . . . . » 466
22. *Quid* se il danno sia stato prodotto da terzi . . . . . » 468
23. Del danno cagionato al locatore d'opera per mancate precauzioni prima di aver avuto luogo il contratto . . . . » 469
24. Le leggi del 1898 sugli infortunii del lavoro. Entro quali limiti dev'essere applicata . . . . . » 470

CAPITOLO XII.

DELLA COLPA PROFESSIONALE.

1-2-3. Disposizioni delle leggi romane sul danno commesso per imperizia. Soluzione dubbiosa del diritto odierno. . *Pag.* 472
4. Teorie seguite dalla patria giurisprudenza sulla responsabilità dei medici . . . . . » 476
5-6-7-8-9-10-11. Esame critico della dottrina prevalente che ravvisa il quasi delitto nella colpa professionale . . . . . » 477
12-13-14. Responsabilità civile degli avvocati e dei procuratori » 486
15-16-17-18-19-20-21. Responsabilità civile dei notari . . . . » 489

Digitized by Google

22. Responsabilità degli uscieri . . . . . *Pag.* 497
23-24. Responsabilità dei periti . . . . . » 498
25. Continua. Può ritenersi la responsabilità del perito giudiziario per colpa dopo che la sentenza sia passata in giudicato? . . . . . » 500
26-27-28-29-30-31-32. I magistrati rispondono di colpa? . . . » 501

CAPITOLO XIII.

RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

1. Dottrina già prevalsa in Italia sulla responsabilità della pubblica amministrazione . . . . . *Pag.* 511
2. Distinzione poscia fattasi tra il danno derivato da atti d'impero e quello derivato da atti di gestione . . . . . » 513
3. Conseguenze deplorevoli che derivarono dall'anzidetta teoria accolta dalla giurisprudenza . . . . . » 514
4. Continua. Nuovo indirizzo che s'è rivelato nella patria giurisprudenza coll'ammettere il risarcimento del danno anche per gli atti d'impero . . . . . » 516
5. Esame di taluni giudicati. Responsabilità dei Comuni per la custodia degli animali nei mattatoi. . . . . » 517
6-7-8-9-10. Continua. Responsabilità derivante dalla cattiva costruzione e manutenzione delle pubbliche strade . . . . » 519
11. Responsabilità pel danno derivato dal cattivo regime delle pubbliche acque . . . . . » 527
12. Deplorevoli conseguenze a cui è giunta la giurisprudenza sulla responsabilità dei Comuni per l'omessa riparazione delle strade . . . . . » 527
13. Giurisprudenza che ha riconosciuta la responsabilità della pubblica amministrazione per qualunque danno illegittimamente recato ai privati . . . . . » 529
14-15. Quando l'amministrazione pubblica non è responsabile del danno recato ai privati . . . . . » 530
16. Del danno recato ai proprietarii di case a cagione di nuovo livellamento di strade. . . . . » 532
16 *bis*-16 *ter*. Del danno recato alle imprese private pel fatto della municipalizzazione di pubblici servizi . . . . . » 533
17-18. Osservazioni del Chironi sulla teoria della doppia funzione dello Stato . . . . . » 537
19-20. Critica della teoria del Giorgi . . . . . » 539
21-22-23-24. Esame critico della teoria del Vacchelli sul danno recato alla pubblica amministrazione . . . . . » 541
25-26-27-28. Base razionale della teoria che riconosce la responsabilità della pubblica amministrazione anche per danno recato da atti d'impero . . . . . » 551

Digitized by Google

CAPITOLO XIV.

RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PEI FATTI ILLECITI DEI SUOI FUNZIONARII

1. Nella dottrina francese si finì col riconoscere il principio che la responsabilità dello Stato pei fatti illeciti dei suoi funzionarii va retta dalle disposizioni del Codice civile (articoli 1382, 1383 e 1384) . . . . . *Pag.* 556
2-3. Difficoltà insorte nell'attuazione del principio . . . . » 558
4. In quali termini dev'essere posta la indagine. Bisogna escludere la figura giuridica della locazione d'opera e quella del mandato . . . . . » 560
5. E così la distinzione tra la personalità politica e quella civile dello Stato . . . . . » 562
6-7. E così il concetto di rappresentanza asserito dal Chironi » 565
8-9. Critica della teoria del Ranelletti poggiata sul concetto della rappresentanza . . . . . » 568
10-11-12. Esplicamento della patria giurisprudenza sulla responsabilità dei pubblici funzionarii . . . . . » 570
13. La pubblica amministrazione sotto l'impero del diritto comune . . . . . » 574
14-15-16-17. Continua. Danni commessi da guardie doganali e da guardie daziarie nei Comuni . . . . . » 575
18-19. Danni recati nelle esercitazioni militari . . . . . » 580
20-21. Danno cagionato da furti di corpi di reato o di cose sequestrate per ordine di giustizia . . . . . » 582
22. Danno recato per sottrazioni commesse da ufficiali postali e da ricevitori demaniali. Speciosa decisione della Suprema Corte romana . . . . . » 583
23. Responsabilità pei depositi fatti presso i regi consoli all'estero 585
24. Entro quali limiti ha luogo la responsabilità dello Stato » 585
25. Non bisogna confondere i preposti coi semplici locatari d'opera 586

CAPITOLO XV.

RESPONSABILITÀ PEL DANNO CAGIONATO DA ANIMALI.

1. Responsabilità che la legge stabilisce pel danno cagionato dagli animali . . . . . *Pag.* 587
2-3-4-5. È ammissibile la prova tendente ad escludere la colpa del proprietario dell'animale . . . . . » 588
6-7. Ipotesi diverse di responsabilità pel danno cagionato da animali . . . . . » 593
8. Ipotesi in cui sia concorsa la colpa del danneggiato . . » 595
9. Danno cagionato da animali pascolanti in branco . . . » 596
10. Responsabilità di chi si serve dell'animale . . . . . » 597

Digitized by Google

11. Danno cagionato dagli animali che si consegnano al colono *Pag.* 598
12-13-14. Danno prodotto da animali ad altri affidati . . . » 598
15. La responsabilità del proprietario dell'animale può essere modificata da speciale convenzione? . . . . . » 602
16. Quando i terzi si rendono responsabili insieme al proprietario dell'animale o a chi se ne serve . . . . . » 602
17-18. Danno cagionato nell'esercizio della caccia . . . . . » 603
19. Danno recato da movimento di *omnibus* tirato da animali » 605
20. Quando l'obbligo di risarcire il danno sia solidale . . . » 605
21-22-23. Ipotesi di fuga o di smarrimento di animali; quando la padronanza s'intende cessata? — *Quid* per gli animali di cui si servono i militari per i diversi servizii . . . . » 606

CAPITOLO XVI.

RESPONSABILITÀ PEL DANNO PRODOTTO DALLE COSE INANIMATE.

1. L'*actio damni infecti* . . . . . *Pag.* 611
2. L'azione di danno temuto nell'odierno diritto . . . . . » 613
3. Erronea opinione del Chironi riguardo alle persone cui compete l'azione di risarcimento di cui nell'art. 1155 del Codice civile . . . . . » 614
4. Erronea opinione dello stesso autore sul fondamento della responsabilità giusta il predetto articolo . . . . . » 614
5. Pregiudizio che può essere risentito dai proprietarii di edifizii vicini a quello che minaccia rovina. . . . . » 616
6. Pregiudizio che può essere risentito dai conduttori. Ipotesi in cui l'edifizio rovinato era soggetto ad usufrutto . . . » 616
7. Continua. L'inquilino può sperimentare la sua azione contro l'usufruttuario locatore? . . . . . » 617
8. *Quid* pel conduttore dell'immobile che abbia recato danno all'edifizio vicino? . . . . . » 618
9. Ipotesi in cui l'edifizio rovinato appartenga a più proprietarii 618
10. Danno prodotto dalla rovina di un muro comune . . . » 619
11. Il principio di responsabilità di cui all'art. 1155 del Codice civile può applicarsi ai casi di esplosione di macchine, caldaie, ecc.? . . . . . » 619
12-13. Come dev'essere applicato il principio anzidetto sotto il punto di vista della prova della colpa. . . . . » 621
14. Distinzione tra l'ipotesi in cui il danno sia prodotto dalla cosa stessa e quella in cui sia prodotto dal fatto attuale dell'uomo . . . . . » 622
15. La rovina dell'edifizio ha dovuto aver luogo per mancata riparazione o per vizio di costruzione . . . . . » 624
16-17-18. Continua. Erronee opinioni in ordine alla prova che dev'essere fatta dal danneggiato . . . . . » 624
19. Prova del caso fortuito o della forza maggiore . . . . » 629

Digitized by Google

20-21. Criterii per la misura del risarcimento del danno . *Pag.* 629
22. Risarcimento dovuto da chi elevi il muro comune producendo danno . . . . . » 631
23. *Quid* se l'edifizio fosse in corso di costruzione? . . . . » 632
24. Trasmessibilità e prescrittibilità dell'azione di risarcimento » 633
25. Azione di regresso che può essere esercitata da un proprietario contro l'altro o contro il precedente proprietario. » 633

CAPITOLO XVII.

A CHI COMPETE L'AZIONE DI RISARCIMENTO DI DANNI.

1. Persone sulle quali può ripercuotersi il danno e che hanno diritto a risarcimento . . . . . *Pag.* 636
2-3. Degli stretti congiunti dell'ucciso. *Quid* pel genitore che non abbia riconosciuto il figlio naturale? . . . . . » 637
4. *Quid* se si tratti di figliuolo adulterino? . . . . . » 638
5-6. Continua. Erronea teoria sostenuta da talune Corti sul rapporto giuridico tra la vittima del reato e chi domanda il risarcimento del danno . . . . . » 639
7-8-9-10-11. Teoria che estende l'azione di risarcimento tenendo precipuo conto dell'esistenza del danno . . . . . » 642
12-13-13 *bis*-14-15-16. Entro quali limiti deve ammettersi la trasmessibilità dell'azione di risarcimento . . . . . » 648
17-18. Può l'erede istituire azione di risarcimento non esercitata dall'offeso? . . . . . » 658
19. Critica della dottrina del Chironi sulla trasmessibilità dell'azione di risarcimento per danno morale . . . . . » 661
20. Ipotesi in cui l'azione sia stata promossa da uno dei componenti la famiglia. . . . . » 663
21-22. Dell'interesse professionale. Compete l'azione di risarcimento ai farmacisti contro coloro che illegalmente esercitano la farmacia? . . . . . » 663
23. *Quid* pei medici e pei veterinarii? Degl'impresarii di teatri. Delle imprese di speculazione. Degli uscieri . . . . » 665
24. Del danno sofferto per concorrenza sleale. Divergenze sul fondamento giuridico dell'azione di danno . . . . . » 665
25. Continua. Il danno è di natura patrimoniale . . . . . » 667
26-27-28. Critica di talune teorie sull'elemento obbiettivo del diritto violato. . . . . » 669
29-30-31-32. Esplicamento della patria giurisprudenza in ordine al danno per concorrenza illecita . . . . . » 673
33-34-35. Possono i creditori esercitare l'azione di risarcimento spettante al danneggiato? . . . . . » 676
35 *bis*. I creditori dell'ucciso possono esercitare azione di risarcimento contro il responsabile? . . . . . » 681
36. *Quid* nell'ipotesi in cui il danneggiato diventi fallito? . » 681

Digitized by Google

37-38-39-40. Può il danneggiato cedere il suo diritto al risarcimento? . . . . . *Pag.* 682
41. Si può agire sui beni dotali per credito nascente da delitto o quasi delitto? . . . . . » 685
42-43-44. Continua. Critica dell'opinione negativa sostenuta dal Chironi . . . . . » 686
45-46-47-48. *Quid* se con raggiri e manovre fraudolenti siasi ingannato il contraente sull'esistenza del contratto nuziale? » 690
49. Nella rappresentanza dei figli l'azione è esercitata dal padre o dalla madre . . . . . » 696
50. Non può essere esercitata dal marito nell'interesse della moglie . . . . . » 697
51-52. La donna maritata non ha bisogno dell'autorizzazione del marito per costituirsi parte civile . . . . . » 697
53-54. Della prescrizione dell'azione di risarcimento. Da quando decorre il termine della prescrizione . . . . . » 699

CAPITOLO XVIII.

CONTRO QUALI PERSONE SI PUÒ ESERCITARE L'AZIONE DI RISARCIMENTO.

1. L'azione civile può esercitarsi contro l'autore del fatto illecito e di tutti coloro che avessero contribuito al medesimo *Pag.* 702
2. Ipotesi d'ingiurie successive . . . . . » 703
3. Può sperimentarsi contro gli eredi . . . . . » 704
4. Distinzione in ordine alle spese processuali . . . . . » 705
5. Continua. *Quid* se la sentenza fosse passata in giudicato prima della morte del condannato? . . . . . » 705
6. Condizioni per esercitare l'azione di risarcimento contro le persone civilmente responsabili . . . . . » 705
7. *Quid* se il danneggiato si fosse costituito parte civile? . » 707
8-9. Il responsabile civile ha diritto d'intervenire nel giudizio penale? . . . . . » 708
10-11. Profitta dei benefizi concessi all'autore del reato . . » 711
12. Interesse del responsabile civile ad eccepire la prescrizione dell'azione penale . . . . . » 712
13. Profitterà degli effetti della desistenza fatta senza riserva in favore dell'autore del reato? . . . . . » 712
14. Benefizi concessi alle persone civilmente responsabili riguardo alla difesa nel giudizio penale . . . . . » 713
15-16. Gravame d'appello che compete al responsabile civile . » 714
17. Ricorso in Cassazione che dallo stesso può essere proposto » 717
18-19. Persone contro le quali può essere sperimentata l'azione civile nei reati commessi per mezzo della stampa . . » 717
20. Non esercitata l'azione civile innanti il giudice penale quale sarà l'efficacia del giudicato penale rispetto al responsabile civile? . . . . . » 719

Digitized by Google

21. Ipotesi in cui il responsabile civile convenuto nel giudizio penale risultasse autore o complice di reato . . . *Pag.* 721
22. Il correo non può, in sede d'appello, essere mutato in responsabile civile . . . . . » 722
23. Pregiudizio che il responsabile civile può risentire dalla sentenza d'appello . . . . . » 722
24-25-26. *Quid* se dalle risultanze del dibattimento venga esclusa la responsabilità penale dell'accusato? . . . . . » 722

CAPITOLO XIX.

ESERCIZIO DELL'AZIONE CIVILE DERIVANTE DA REATO. COMPETENZA.

1. Norme del Codice di procedura penale riguardo all'esercizio dell'azione civile nascente da reato . . . . . *Pag.* 726
2. Principio proclamato dall'art. 7 proc. penale, per cui *electa una via non datur recursus ad alteram.* Ipotesi in cui pendente il giudizio civile si scoprano fatti costituenti reato » 727
3. Quando deve ritenersi intentato il giudizio civile . . . » 728
4. *Quid* se il giudice civile si fosse dichiarato incompetente? » 729
5. Continua. È necessario che il giudice abbia pronunciato la propria incompetenza? . . . . . » 730
6. L'azione penale e quella civile sono autonome. Conseguenza di questo principio . . . . . » 731
7. Esercizio dell'azione civile innanti il giudice penale. Connessione tra la condanna penale ed il risarcimento del danno . . . . . » 732
8-9-10. Quando la parte lesa non s'intende privata del diritto di istituire l'azione civile innanti il giudice penale . . . » 732
11. Effetti della rinunzia alla querela nei reati di azione privata » 735
12-13. Del passaggio dalla giurisdizione penale a quella civile » 736
14-15. Estinzione dell'azione penale. Ipotesi dell'amnistia . . » 738
16. *Quid* se l'azione penale rimanga estinta per la morte dell'imputato? . . . . . » 740
17. Controversia a cui ha dato luogo l'art. 571 proc. pen., cioè se nel caso di assolutoria o di non farsi luogo a procedere, il giudice penale conservi la giurisdizione sull'azione civile. Giurisprudenza per l'affermativa . . . . . » 740
18-19. Critica del principio ritenuto dalla giurisprudenza predetta » 742
20-21. Continua. Giurisprudenza oscillante della Suprema Corte Romana . . . . . » 744
22. Le Corti di assise, assolvendo dal reato, non possono pronunziare sulla colpa dell'assolto . . . . . » 746
23. La disposizione dell'articolo 6 proc. pen. non può estendersi alla ipotesi in cui sia stato dal giudice penale escluso il reato . . . . . » 747
24. L'azione civile rimane impregiudicata quando l'assoluzione abbia avuto luogo per difetto di prova . . . . . » 748

Digitized by Google

25-26. *Quid* se nel giudizio penale fosse stata esclusa anche la colpa dell'accusato? . . . . . *Pag.* 749
27. Il verdetto assolutorio dei giurati non impedisce l'esercizio della azione civile . . . . . » 750
28. Regola generale: ogni assoluzione che esclude il reato non implica esclusione di colpa che possa dar luogo a risarcimento di danno. Esempi. . . . . » 751
29. Conseguenza della regola anzidetta riguardante la qualifica del fatto nel fine della responsabilità civile. . . . . » 752
30. Continua. Reintegrazione in possesso dopo l'assoluzione di esercizio arbitrario delle proprie ragioni . . . . . » 753
31. Continua. Ipotesi in cui la sentenza di assoluzione sia passata in giudicato . . . . . » 754
32. *Quid* se l'assoluzione abbia avuto luogo per non imputabilità dell'agente? . . . . . » 755
33. *Quid* se l'imputato fosse andato esente da pena per beneficio di legge? . . . . . » 755
34-35. Competenza del pretore, della sezione civile del Tribunale o della Corte d'Appello per l'azione civile. Indole della medesima . . . . . » 756
36. Ipotesi di condanna in grado d'appello. *Quid* se la sentenza di primo grado fosse stata modificata? . . . . . » 757
37. *Quid* nel caso di aumento di pena o di conferma della sentenza appellata? . . . . . » 758
38. Competenza del giudice d'appello desunta dall'art. 571 procedura penale . . . . . » 759
39. Ipotesi in cui il giudice d'appello definisca diversamente il reato . . . . . » 759
40. Ipotesi in cui l'imputato assolto dal reato sia stato condannato come responsabile civile . . . . . » 760
41. *Quid* se il giudice di primo grado abbia concessa una provvisionale senza liquidazione definitiva? . . . . . » 760
42. Inappellabilità delle sentenze della sezione civile del Tribunale in grado d'appello . . . . . » 760
43. *Quid* se il giudice di primo grado abbia respinta la domanda di risarcimento e quello di secondo grado l'abbia ammessa? » 760
44. Liquidazione che può esser fatta dal magistrato di rinvio. Forme da osservarsi . . . . . » 761
45. La competenza speciale dell'art. 571 ha sempre luogo se il danneggiato non siasi costituito parte civile . . . . » 761
46. *Quid* se la parte civile sia condannata ai danni nel caso dell'art. 295 procedura penale? . . . . . » 762
47. *Quid* se le sentenze della sezione d'accusa condannino al risarcimento di danno? . . . . . » 763
48. Ricorso in Cassazione che può esser fatto dalla parte civile contro la sentenza che abbia liquidato i danni. Competenza della Cassazione territoriale . . . . . » 763

Digitized by Google

49. Dell'appellabilità delle sentenze pronunziate in materia di liquidazione . . . . . *Pag.* 763
50. Continua. Ricorso in Cassazione. . . . . » 764
51. Gravami che possono essere proposti dalle persone civilmente responsabili . . . . . » 765
52. Ipotesi in cui devesi riconoscere alla parte civile il diritto di appellare dalla sentenza che pronunziò sui danni interessi » 765
53. Continua. Entro quali limiti dev'essere compresa la facoltà anzidetta . . . . . » 766
54. Motivi del gravame. Appello del Pubblico Ministero . . » 766
55. In che modo va applicato il disposto dell'art. 399, n. 3, procedura penale . . . . . » 766

CAPITOLO XX.

SOSPENSIONE DEL GIUDIZIO PENALE E SOSPENSIONE DEL GIUDIZIO CIVILE.

(Articoli 33 e 31 procedura penale).

1. Il rinvio di cui all'art. 33 proc. pen. è facoltativo . . *Pag.* 768
2. Può aver luogo anche in appello. Regole che debbono essere osservate dal giudice penale e da quello di rinvio . . » 768
3. Gravami di cui è suscettiva la sentenza di rinvio. Requisiti che deve contenere la sentenza quando il rinvio venga ammesso » 769
4. L'art. 33 proc. pen. deve applicarsi anche se si tratti di eccezioni di possesso. . . . . » 769
5. Ed anche se si tratti di cose mobili . . . . . » 770
6. Indagine che dev'essere fatta dal giudice penale nel fine di ordinare il rinvio . . . . . » 770
7. Del termine che viene stabilito per l'esaurimento del giudizio civile . . . . . » 771
8. Domande ed eccezioni che le parti possono proporre in sede civile . . . . . » 771
9. Il giudizio civile non vien meno malgrado l'estinzione della azione penale . . . . . » 771
10. Sospensione del giudizio civile giusta l'art. 31 proc. pen. » 771
11. La sospensione è, di regola, facoltativa . . . . . » 772
12. Non può aver luogo nei casi di solo delitto civile o quando l'azione civile non abbia dipendenza dal fatto che costituisce reato . . . . . » 772
13. Ipotesi in cui non occorra di sospendere il giudizio civile » 773

CAPITOLO XXI.

EFFICACIA DEL GIUDICATO PENALE IN SEDE CIVILE.

1. Discussioni alle quali ha dato luogo l'indagine tra gli scrittori francesi . . . . . *Pag.* 774
2-3. Argomenti addotti per sostenere l'identità di oggetto e di persona riguardo alla cosa giudicata . . . . . » 776

Digitized by Google

4. Principio dichiarato dall'art. 6 del nostro Codice di procedura penale . . . . . *Pag.* 778
5. La patria giurisprudenza ha riconosciuto l'efficacia del giudicato penale, *quoad omnes*, riguardo al fatto accertato e che formò base del giudicato medesimo . . . . . » 779
6-7. Rapporto diretto e necessario che deve esservi tra il giudicato penale e l'azione civile. Esempi . . . . . » 780
8-9-10. Continua. Come può formularsi il principio generale e di quali limitazioni è suscettivo . . . . . » 782
11-12. Di un esempio famoso che offre la patria giurisprudenza riguardo all'influenza del giudicato penale nel giudizio civile . . . . . » 784
13. Applicabilità del principio penale al responsabile civile non chiamato nel giudizio penale . . . . . » 786
14. Il giudicato penale sorge dalla sentenza irrevocabile . . » 786
15-16-17. Continua. *Quid* delle sentenze e delle ordinanze pronunziale durante l'istruttoria . . . . . » 787
18. Entro quali limiti debbono essere contenute le domande e le eccezioni delle parti nel giudizio di liquidazione in base a sentenza di condanna generica ai danni . . . . . » 790
19. Continua. Persone civilmente responsabili . . . . . » 790
20. Può il giudice civile attribuire al fatto dannoso conseguenze più gravi di quelle attribuite allo stesso fatto dal giudice penale? . . . . . » 791
21. Efficacia del giudicato penale anche come titolo per domandare talune restituzioni . . . . . » 792

CAPITOLO XXII.

EFFICACIA CHE NEI GIUDIZI CIVILI POSSONO SPIEGARE LE PROVE RACCOLTE NEI GIUDIZI PENALI.

1. Efficacia riconosciuta dalla prevalente patria giurisprudenza alle prove raccolte nei giudizii penali . . . . . *Pag.* 793
2-3. Ipotesi diverse nelle quali or si è affermata ed or negata l'applicabilità del principio anzidetto . . . . . » 793
4-5. Sistema seguìto dalla legge positiva . . . . . » 794
6. Continua. Efficacia delle perizie che nel giudizio penale abbiano determinato l'ammontare del danno . . . . . » 796
7. Inefficacia delle prove nei casi di annullamento del giudicato penale e di amnistia . . . . . » 797

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google